VERSUCH EINER GRÜNDLICHEN DARSTELLUNG DER LEHRE...

Meno Pöhls

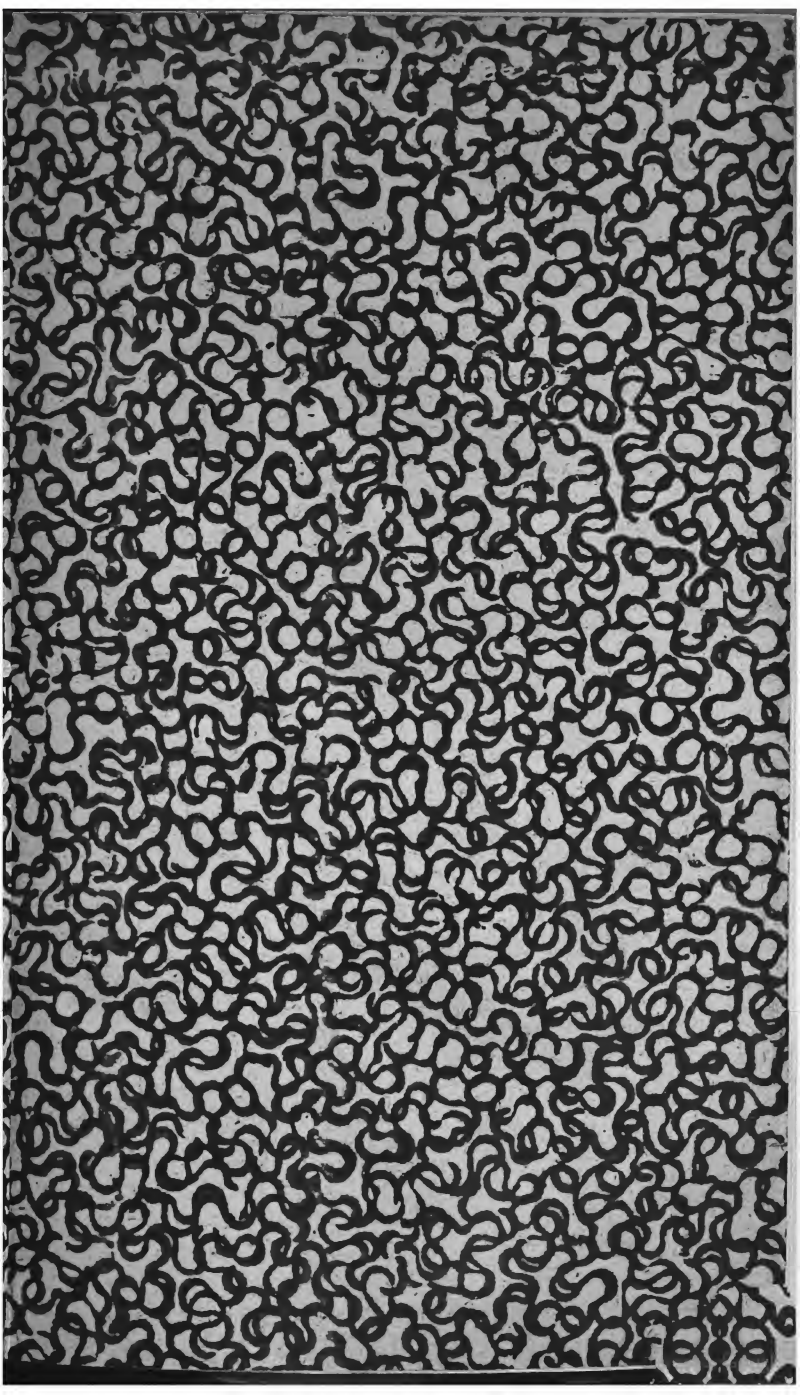
Digitized by Google

B. K. 1.

MENTEM ALIT ET EXCOLIT

K.K. HOFBIBLIOTHEK
ÖSTERR. NATIONALBIBLIOTHEK

43. K. 1.



Digitized by Google

Digitized by Google

Versuch
einer gründlichen Darstellung
der Lehre
von
Innominat-Contracten.

Hauptsächlich

gegen Gans.

Von

Meno Pöhls,

A. M. et J. U. D.

Heidelberg,

in Commission bei Karl Groos.

1821.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

In gegenwärtiger Abhandlung, die eigentlich schon Ostern fertig war, übergebe ich dem Publiko meine Inaugural-Dissertation, freilich in einer etwas veränderten Gestalt, und Deutsch. Für Letzteres führe ich keinen Grund an, als daß ich durchaus keinen Grund anzugeben weiß, warum man für die jetzt lebende Welt in einer todten Sprache schreiben soll.

Eine Haupturſache des verzögerten Erscheinens dieſer Schrift iſt die Herausgabe der Inſtitutionen des Cajus. In der Hoffnung, in dieſen etwas

Digitized by Google

von Bedeutung zu finden, betrog ich mich natürlich, da auch Cajus der Innominat-Contracte nicht erwähnt, welches man jetzt mit als Grund annehmen kann, warum Justinian sie in seinen Institutionen übergeht; wobei dann aber freilich die neue Frage entstünde: Warum überging Cajus sie?

Obgleich Anhänglichkeit an eine Lehre, die nach Jahrhunderten zählt, zumal wenn sie von so vielen Männern, deren Namen man nur mit der tiefsten Ehrfurcht nennen hört, gelehrt wurde, wohl verzeihlich seyn möchte, glaube ich doch, behaupten zu können, daß ich keinen Satz blindlings, auf die Autorität eines großen Namens hin, angenommen habe, sondern daß ich mich immer bestrebte, den Weizen von der Spreu zu sondern. Ob, und in wie weit mir dieß gelungen sey, darüber steht mir natürlich am allerwenigsten ein Urtheil zu.

Die Hauptveranlassung zu dieser Schrift gab mir, wie der Titel sagt, eine Abhandlung von

Digitized by Google

Gans gegen unsere Materie; deren Nichtexistenz derselbe aus einem ganz neuen Obligationen-System zu erweisen sucht. Der vornehme Ton, die — sit venia verbo — Anmaßung, mit der er zuweilen abspricht, habe ich zwar mitunter gerügt, allein ich habe mich nie verleiten lassen, andere blos deshalb zu schimpfen oder gar der Unwissenheit zu bezüchtigen, weil sie nicht meiner Meinung waren, und wenn ich gegen Gans mitunter in einem etwas sarkastischen und barschen Tone sprach, so lag die Schuld lediglich an seiner eigenen Manier. Durch Schimpfen kann eine Wissenschaft nie gewinnen, und hochfliegende Worte können nie das bewirken, was das Werk einer besonnenen Prüfung seyn soll. Ueber die Anordnung des Ganzen habe ich nur dieß zu bemerken: Die Hauptveranlassung zu meiner Abhandlung gab zwar die Schrift von Gans, allein, um ihn widerlegen zu können, mußte ich mich um einen Standpunkt bemühen, von dem aus die Materie sich übersehen ließ; ich habe deshalb eine

Digitized by Google

Darstellung der ganzen Materie in ihren Hauptsätzen liefern müssen, und dabei der Vollständigkeit halber auch manches eingemischt, was zur Erreichung meines Zwecks nicht gerade unumgänglich nöthig war. Aber, wie überhaupt, wenn es nicht darauf ankam, bestrittene oder eigene Ansichten zu vertheidigen, so habe ich mich besonders bei diesen Punkten, wohin z. B. die Darstellung der in den Gesetzen namhaft gemachten Innominat-Contracte, §. 11. f. u. drgl. gehört, besonders der Kürze befliſſen.

Ich konnte, eben weil ich mehr als bloße Widerlegung liefern wollte, auch nicht meinem Autor Schritt für Schritt folgen, sondern mußte mich einer so viel wie möglich systematischen Ordnung befleißigen, an der vielleicht mancher etwas auszusetzen hat, wobei ich aber bemerken muß, daß mir alles Systematisiren, wofern es mehr seyn soll, als eine möglichst einfache Darstellung einer Lehre,

Digitized by Google

um das Nachfolgende aus dem Vorhergehenden klar zu machen, in der Seele zuwider ist. Dieß, nämlich Erklärung des Nachfolgenden aus dem Vorhergehenden, aber glaubte ich durch meine fünf Capitel am besten erreichen zu können. Freilich konnte es dabei nicht fehlen, daß mancher Punkt an mehreren, mancher an einem andern Orte berührt wurde, als wo ihn vielleicht mancher erwartet; allein dieß war nicht zu vermeiden, ich hätte das Ganze ordnen mögen, wie ich wollte. Den Rechtsmitteln z. B. mußte ein eigenes Capitel eingeräumt werden, und dieses konnte wohl schwerlich eher vorgetragen werden, als bis man wußte, was diese Rechtsmittel verfolgen sollten; demungeachtet ist schon viel früher oft von der condictio, oft von der actio prescriptis verbis die Rede.

Die Mode, eine Vorrede mit der Aeußerung zu schließen, die ganze Schrift, der sie vorsteht, tauge

nichts, um am Ende der einzige zu seyn, der das Gegentheil glaubt, kann ich nicht leiden, mache sie also auch nicht mit, und überlasse es den Kennern, ihr Urtheil über meine Schrift zu fällen.

Heidelberg,
den 28. November 1820.

Digitized by Google

Inhalt.

Einleitung §. 1 — 5.

Verträge nach dem Naturrecht §. 1.

Contracte §. 2.

Pacta §. 3.

Verschiedene Arten der Contracte §. 4.

Literatur §. 5.

Erstes Capitel §. 6 — 8.

Ueber Innominat-Contracte überhaupt.

Begriff und Wesen §. 6.

Erfordernisse §. 7.

Causa contractuum innom. §. 8.

Zweites Capitel §. 9 — 13.

Eintheilung der I. C.

Regulares, irregulares §. 9.

Digitized by Google

Eintheilung der Gesetze §. 10.

Betrachtung der einzelnen Formen.

a) Do ut des §. 11.

b) Do ut facias §. 12.

c) Facio ut des
d) Facio ut facias } §. 13.

Drittes Capitel §. 14 — 20.

Vertheidigung des bisherigen gegen Gans.

Uebergang §. 14.

Benennung in den Quellen §. 15.

Erklärung der L. 7. §. 2. De pactis §. 16.

Inhalt der L. 5. pr. verb. §. 17.

Lücke in den Institutionen §. 18.

Bedeutung der res §. 19.

Actio praescr. verb. §. 20.

Viertes Capitel §. 21 — 25.

Ueber das jus poenitendi.

Einleitung §. 21.

Begründung des j. p. §. 22.

Beschaffenheit des j. p. §. 23.

Rechtfertigung dieser Theorie gegen Gans §. 24.

Heutige Anwendbarkeit des j. p. §. 25.

Digitized by Google

Fünftes Capitel §. 26 — 35.

Ueber die bei den J. C. Statt findenden Rechtsmittel.

1. Wegen Pönitenz. A. wegen Nichterfüllung §. 26.

B. wegen eigentlicher Pönitenz §. 27.

2. Auf Erfüllung. Actio praescriptis verbis.

A. Natur derselben §. 28.

B. a) Wann wird sie gestattet? §. 29.

Erklärung der L. 5. §. 3. pr. verb. §. 30.

Ueber L. 7. §. 2. D. De pactis §. 31.

b) Wirkung der actio pr. v. §. 32.

Ansprüche des Empfängers §. 33.

Verhältniß der actio pr. v. zur actio doli §. 34.

Resultat §. 35.

Digitized by Google

[illegible] Capitel §. 26 — 35.

[illegible] die beiden S. G. Gratt-[illegible]

[illegible]

[illegible] A. [illegible] §. 26.

B. [illegible] §. 27.

2. [illegible] Actio praescriptis [illegible]

A. [illegible] §. 28.

B. a) [illegible]

[illegible] §. 3. [illegible] §. 3[illegible]

[illegible] §. [illegible]

b) [illegible] §. 32.

[illegible]

[illegible] §. 3[illegible]

[illegible] §. [illegible]

Digitized by Google

Versuch
einer
gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten.

Einleitung.

§. 1.

Verträge nach dem Naturrecht.

Wenn man in Compendien und Commentaren den Satz: Es giebt Innominat-Contracte, so absolut hingestellt lieset, so scheint Anfangs die Sache etwas auffallendes zu haben, indem man leicht in Versuchung gerathen möchte, den Satz so zu paraphrasiren, es giebt Contracte, die keine Contracte sind. Sieht man sich indessen etwas in den Gesetzen um, und ergründet man den Sinn jenes Satzes gehörig, so fällt auch leicht das Auffallende weg. Zur bessern Untersuchung und Ana-

Digitized by Google

lyse des Wesens der Römischen sogenannten Innominat-Contracte dürfte eine kurze Uebersicht des Römischen Contractsystems vielleicht nicht am unrechten Orte seyn.

Man mag nun mit Kant [1]) die Verbindlichkeit der Verträge transcendental ableiten, oder eine Menge poetischer Fragmente anführen [2]), oder zur Bibel seine Zuflucht nehmen [3]); mich wird man niemals überzeugen, daß die Verbindlichkeit der Verträge schon im Naturrecht gegründet sey. Wenn Kant sagt, durch den Vertrag erwerbe ich das Versprechen eines andern, so klingt das zwar recht hübsch, aber ich muß gestehn, daß mir mit dem Versprechen sehr wenig gedient ist, wenn ich diesen andern nicht zwingen kann, sein Versprechen zu erfüllen. Oder wenn er sich auf das Gefühl beruft, [4]) so ist dieß wiederum unzureichend. Zwar fühlt jetzt jeder, oder glaubt wenigstens zu fühlen, daß er ein Versprechen halten müsse; aber kann denn unser Gefühl, das Gefühl von Menschen, die in einem Staate leben, wo positive Gesetze das Recht aus Verträgen für Zwangsrecht erklären, denen von

1) Metaphysik der Sitten, §. 19.

2) Hugo Grotius de J. B. et P. Lib. II. cap. 11. §. 1. N. 8. not. 17. 18. 19. 20. (ed. Barbeyrac.)

3) Idem l. c. §. 4. n. 2.

4) Kant a. a. O. §. 19. a. E.

Digitized by Google

Jugend auf gepredigt ist, »Du mußt Dein Wort halten« etwas gelten? [5]) Die Moral mag es gebieten, Moral ist etwas eben so willkührliches, wie Naturrecht etwas ewig unabänderliches; denn die Moral, ob sie gleich an und für sich unwandelbar ist, muß erkannt werden, und so wie sie erkannt ist, ist sie Menschensatzung, also Willkühr [6]). — Doch ich habe genug gethan, wenn ich, soweit uns diese Frage hier interessirt, mein Glaubensbekenntniß abgelegt habe, das Uebrige bleibe denen zu verfechten überlassen, die diesen Gegenstand ex professo untersuchen. —

§. 2.

Contractus.

Sind nun nach dem Naturrecht Verträge nicht verbindlich, und sind sie es für uns doch, so mußte

---

5) Auch die Geschichte scheint dieß Gefühl eben nicht zu beweisen. — Selbst die gepriesene deutsche Redlichkeit unsrer Vorfahren möchte in dieser Hinsicht nicht weit her seyn.

6) Auch nur aus der Moral scheint sich „ein Recht auf Wahrheit“ deduciren zu lassen. Wie willkührlich übrigens die Moral aller Zeiten gewesen ist, beweiset wohl am besten das Canonische Recht, welches im Ganzen doch auf Moral gebaut ist, auch die Verbindlichkeit aus Verträgen anerkennt; aber dennoch erlaubt, einem Ketzer oder anathematisirten sein Wort zu brechen. — Saubres Naturrecht! Saubre Moral!

Digitized by Google

etwas hinzutreten, wodurch sie dieß wurden; und dieß ist geschehn, und zwar im positiven Rechte.

Wollte es einmal einem Gesetzgeber einfallen, Verträge für nicht verbindend zu erklären, so würde er dadurch das ganze Staatsgebäude selbst vernichten, denn jede Staatsform beruht ja ursprünglich auf einem Vertrage 7). Dieß haben auch gewiß die ersten Römischen Gesetzgeber gefühlt, und deshalb Verträge aufrecht zu erhalten gesucht. Daß dieß in den XII Tafeln geschehn ist, ist nun ganz ausgemacht, wenn es noch eines Beweises bedarf. Zugleich aber läßt sich wohl behaupten, daß Anfangs die Art der Eingehung der Verträge höchst einfach war, selbst wenn man annimmt, daß schon unter Numa Zeugen zugezogen zu werden pflegten. Denn dies brauchte ja darum noch nicht nothwendige Form zu seyn, und ist ein so einfaches Mittel, sich Sicherheit zu verschaffen, daß man wohl leicht darauf fallen konnte, es freiwillig zu thun. Daß die früheren Römer die subtilen Unterscheidungen des späteren Rechtes gekannt hätten, ist wohl nicht wahrscheinlich. Vielleicht war symbolische Eingehung der Verträge, das erste, denn darauf konnte man wohl am leichtesten fallen. Nicht unwichtig wäre es für unsere Untersuchung, wenn sich die

7) Nur von der Staatsform, nicht von der Entstehung des Staates selbst kann dieß aber gelten. Siehe unten §. 21. not. 45.

Conjectur von Schmalz [8]) bestätigte, daß zuerst diejenigen Verträge Contracte genannt seyn, bei denen eine Leistung von einer Seite erfolgt sey. Unnatürlich ist diese Vermuthung, die auch noch das für sich hat, daß die Römischen Juristen sagen, die Leistung mache jure naturali obligationem [9]), nicht; aber die L. 1. D. de contrah. emtione sagt dieß wohl schwerlich, man müßte denn beweisen können, daß permutatio hier den spätern Sinn hatte [10]). Sonst möchte es mislich seyn, aus einer blos historischen Bemerkung gleich einen solchen Schluß ziehn zu wollen; auch kommt noch dieß dazu, daß in dieser lex geradezu gesagt wird, die emtio sey juris gentium und deshalb Consensual-Contract [11]).

Später mußte jeder Vertrag feierlich geschlossen werden — mancipatio, stipulatio. — Diese

---

8). Schmalz reines Naturrecht §. 118.

9) Caji Inst. Lib. III. §. 131.

10) d. h. daß sie blos re contrahirt werden könne, denn das Gesetz nimmt auf diesen spätern Unterschied zwischen emtio und permutatio keine Rücksicht. Auf diese L. 1. cit. beruft sich übrigens Glück Comm. Bd. 4. §. 306.

11) Hieraus würde nämlich weit eher folgen, daß auch die permutatio, die, nach demselben angef. Ges. ursprünglich die einzige Form der emtio war, und ihr zur Grundlage diente, anfänglich als contractus juris gentium, mithin als Consensual-Contract betrachtet worden sey.

Digitized by Google

feierlichen Verträge nun erhielten wohl den Namen contractus, sobald ein etwas ausgebildeteres Rechtssystem entstand [12]). Alle andre Verträge mochten vielleicht auch noch Rechtsverhältnisse erzeugen, aber gewiß nicht solche, wie die feierlichen Verträge.

Dieß Verhältniß nun, nebst dem Grundsatze, man könne nicht durch Dritte erwerben [13]), mußte höchst lästig seyn, man mußte also auf Mittel sinnen, dem abzuhelfen. Man ließ also etwas von jener Strenge nach, und verlangte nicht unbedingt jene feierlichen Formen. Jedoch waren diese keineswegs aufgehoben, und mochten gute Dienste leisten; — contractus stricti juris, bonae fidei. — Bei den feierlichen Contracten war kein Inhalt fest bestimmt; alles, sofern es keine Schändlichkeit betraf natürlich, konnte Gegenstand derselben seyn; aber die bonae fidei contractus, die wohl schwerlich alle zu gleicher Zeit als solche entstanden, waren gewiß in gewisse Grenzen eingeschlossen. Dies läßt sich aus der Strenge, mit der die ältern Römer an ihren Gesetzen hingen, mit Grunde vermuthen. Diese waren nämlich einzeln in den Gesetzen genannt, und zugleich contractus genannt;

12) Vielleicht war auch der Ausdruck nexus zuerst gewöhnlicher.

13) Das Erwerben durch die, welche man in seiner potestas hatte, ist wohl keine Ausnahme von dieser Regel zu nennen.

Digitized by Google

aber der Römer wich nicht von seinen Gesetzen, deshalb war es natürlich, daß er verlangte, diese Contracte sollten streng nach diesen Gesetzen gebildet seyn. Fehlte also etwas an dem Contract, oder trat ein neues Merkmal hinzu, so war es nicht mehr der Contract. Dieß mochte nachher andre Contracte veranlassen. So mochte dem depositum das commodatum, dem mandatum die locatio conductio operarum nachgebildet seyn, oder umgekehrt.

§. 3.

Pacta.

So wie man aber von der ältern Strenge nachließ, wie Moral und Philosophie mehr Einfluß auf das positive Recht bekam, mochte man auch geneigt seyn, andern Verträgen verbindliche Kraft beizulegen. Der Prätor, dessen bekannte, mitunter verschriene, aequitas gewiß nichts anders war, als ein Uebertragen von Grundsätzen der Moral und des Naturrechts auf das strenge Recht [14]), bestätigte in seinem Edict manche Verträge; aber so wie er sich immer hütete, den Namen eines von ihm geschaffenen Instituts aus dem Civilrechte herzunehmen, so that er dieses auch hier

14) Obgleich vielleicht oft, ohne daß er sich dieser Grundsätze bewußt war, und eben so oft aus eigennützigen Beweggründen.

Digitized by Google

nicht, sondern blieb bei dem allgemeinen Namen Vertrag — pacta praetoria. — Allein es läßt sich auch vermuthen, daß der Prätor nicht gerade solche Verträge bestätigte, die ganz für sich dastanden, sondern daß er sich hauptsächlich darauf beschränkte, solche Verträge zu bestätigen, die als Civil-Contracte mangelhaft waren — pignus, pactum hypothecae. —

Nach dem Beispiele des Prätors erklärten nun auch andre Gesetzgeber, vielleicht nicht immer aus eignem Antriebe, sondern indem sie der Interpretation berühmter Juristen folgten, einzele Verträge für klagbar, ohne ihnen den Namen contractus beizulegen, — pacta legitima. — Alle übrigen Verträge — pacta nuda — konnten nur dadurch klagbar gemacht werden, daß sie mit einem Contracte, pacto praetorio oder legitimo verbunden wurden, — pacta adjecta, — und ganz consequent auch nur mit dem Hauptvertrage zugleich, so, daß sie nicht weiter klagend geltend gemacht werden konnten, wenn das Hauptrecht erloschen war. Aber bis in die spätesten Zeiten des R. R. erhielt sich der Grundsatz, jeder an sich nicht klagbare Vertrag könne dadurch zu einem Contract erhoben werden, daß man ihn in einer feierlichen Form einging.

Digitized by Google

§. 4.

Verschiedne Arten der Contracte.

So wäre also der Hauptgrundsatz: Verträge, die völlig verbindende Kraft haben sollen, müssen im Civilrechte bestätigt seyn. Dieß Civilrecht theilt aber die Contracte ein in

I. Verbal-Contracte, die in einer feierlichen Formel eingegangen wurden. Diese fanden nur unter Römern Statt [15]).

II. Literal-Contracte; durch Cajus [16]) ist ja nun die Meinung derer bestätigt, die die acceptilatio für den Sitz der Literal-Contracte hielten. Auch diese war auf cives romanos beschränkt. Das Chirographarium und Syngraphum war für Peregrinen [17]).

III. Consensual-Contracte. Diese werden schon durch bloßen Consens klagbar.

Emtio venditio, locatio conductio, mandatum, societas.

IV. Real-Contracte, die erst durch die hinzugetretne Leistung ihre bindende Kraft erhalten.

1. Zuerst bloß mutuum, commodatum, depositum, pignus.

Allein es kam wohl oft vor, daß ein Contract eingegangen wurde, wobei die Partheien dessen

---

15) Caji Inst. Lib. III. §. 92.

16) Cajus cit. Lib. III. §. 128 — 134.

17) Cajus l. c. §. 134.

Digitized by Google

Gränzen überschritten, und so durch ein kleines Versehn ihre ganze Absicht vereitelten; man war aber von den strengen Grundsätzen des ältern Civilrechts längst abgewichen, und nahm also keinen Anstand, auf Mittel zu denken, diesem Uebelstande abzuhelfen. Aber jeden Vertrag für völlig verbindend zu erklären, mochte man sich doch nicht getrauen, man stellte also den eingeschränkten Satz auf:

2. Verträge, die das Civilrecht nicht bestätigt, produciren eigentlich keine Klage, sollte aber ein solcher Vertrag einem Contract nach gebildet seyn, und mit der Leistung von der einen Seite beginnen, so gestatten wir daraus eine actio praescriptis verbis, oder in factum.

Dieß sind denn die jetzt sogenannten Innominat-Contracte, und diese werden der Gegenstand gegenwärtiger Abhandlung seyn.

§. 5.

Literatur.

Eine Aufzählung der hiehergehörenden Schriften findet man in Lipenius und seinen Fortsetzern. Hier mögen einige allgemeine Bemerkungen hinsichtlich der bisherigen Behandlung unsers Gegenstandes genügen.

Die Zahl der Inaugural-Dissertationen über unsere Materie, sowohl im Ganzen, als über ein-

Digitized by Google

zele Innominat-Contracte ist nicht ganz klein; aber leider sieht man den meisten nur zu sehr an, daß sie Inaugural-Dissertationen sind, d. h. Abhandlungen, bei denen es dem Verfasser mehr daran lag, das gesetzliche Maaß herauszubringen, als die Wissenschaft zu fördern [18]). Ueberall entdeckt man ein Streben, das Papier zu füllen, überall eine ungeheure Beimischung von Allotriis [19]) oder Aneinanderreihung von Citaten [20]), daß auch der geduldigste Leser am Ende die Geduld verlieren muß. Ein Werk, welches die Materie erschöpfte, besitzen wir meines Wissens nicht.

Die beste Abhandlung, die wir über die Innominat-Contracte haben, ist ohnstreitig die von de Retes, die sich unter dem Titel: De contractibus innominatis et actione praescriptis verbis in Meermanns thesaurus jur. civ. et can. findet. Aber auch dieser sonst sehr vortreflichen Abhandlung muß man den Vorwurf machen, daß sie zu positiv ist, d. h. daß sie blos das giebt, was

18) Jedem das Seine! Es giebt auch gute Inaugural-Dissertationen, aber sie machen wohl nicht die Regel. So kann es auch gute über unsern Gegenstand geben, aber alle zu kennen, und alle zu lesen ist unmöglich.

19) Ich getraue mir z. B. das was in Cocceji D. de jure poenitendi in contr., die 24 Quartseiten stark ist, über das jus poenitendi selbst vorkommt, auf 2 Quartseiten drucken zu lassen.

20) Siehe z. B. Hahn de contr. innom.

Digitized by Google

in den Gesetzen selbst steht, ohne sich um einen Standpunkt zu bemühn, von dem aus die Sache ins Auge zu fassen wäre. Dabei aber ist nicht unbemerkt zu lassen, daß Retes mit großem Scharfsinn manches entwickelt, was man anderswo vergebens suchen würde, und daß überhaupt dieser Schrift ein bedeutender Werth nicht abzusprechen ist.

Ausgezeichnet verdient noch zu werden: „Reichelm Versuch eines Beweises, daß die Römer nur zwei Arten der Innominat-Contracte kannten". Die Schrift wird beiläufig unten näher geprüft werden. — Aus einem andern Grunde ist anzuführen: Gans über die fabelhafte Lehre von Innominat-Contracten und juspoenitendi [21]). Titel und Inhalt sind gleich dictatorisch. Da die Widerlegung dieser Schrift zum Theil Hauptzweck meiner Abhandlung ist, so bleibt ihre Würdigung füglich hier ausgesetzt.

---

21) Obligationsrecht. Dritte Abhandl. S. 169 ff.

Digitized by Google

Erstes Capitel.

Ueber Innominat-Contracte überhaupt.

§. 6.

Begriff und Wesen.

Ich kann bei der Darstellung des Wesens der Innominat-Contracte um so kürzer seyn, da ich nachher (§. 15.) bei der Widerlegung von Gans etwas weitläuftiger seyn muß. Die Definition wäre nun also nach dem obigen (§. 4. a. E.): Innominat-Contracte sind solche Vorträge, die Nominat-Contracten zwar nachgebildet aber als solche mangelhaft sind, und bei welchen die hinzutretende Leistung diesen Mangel ersetzt [22]). Andre definiren anders [23]); allein ich glaube, daß keins von

22) L. 3. praescr. verb. (19. 5.) L. 9. pr. de R. C., (12. 1.) L. 6. C. de rer. perm. (4. 64.) L. 7. §. 1. 2. de pactis (2. 14.) L. 1. §. 2. D. de rer. per.

23) Siehe z. B. Hahn l. c. §. 5. «sunt conventiones causam sine nomine habentes» vergl. D'Avezan contractuum libri duo. Lib. I. cap. 9. und andre.

Digitized by Google

den angegebenen Merkmalen wegbleiben dürfe, wenn die Definition umfassend seyn soll. Die Gesetze selbst nennen sie negotia nova [24]), oder contractus quibus appellationes nullae jure civili proditae sunt [25]).

Es fragt sich nun, wie kommen denn diese Verträge zu dem Namen contractus? Es ist oben gezeigt worden, daß Contracte solche Verträge sind, die in den ältern Civilgesetzen enthalten und contractus genannt sind. Dieß ist mit den Innominat-Contracten nicht geschehn, und dennoch nennen die Römischen Juristen sie selbst contractus [26]).

Ich glaube die Sache läßt sich so construiren:

Alle Innominat-Contracte müssen benannten Contracten nachgebildet seyn (§. 7. I.) oder selbst Contracte seyn, denen zu dem Wesen eines Contractes etwas fehlt, was durch die Leistung ersetzt wird. Ist ein Vertrag aber ein mangelhafter Contract, und wird dieser Mangel auf eine Weise gehoben, der ihn nicht zu diesem benannten Contract macht, der sein Muster war, so wird er zwar nicht dieser Contract, allein er erhält dieselbe Wirksamkeit, und mag in so fern auch wohl contractus heißen.

---

24) L. 22. praescr. verb. (19. 5.)

25) L. 3. eod.

26) L. 3. eod. L. 1. pr. Aestimator. (19. 3.) L. 7. §. 2. de pactis (2. 14.) L. un. §. 1. C. de suffragio.

Digitized by Google

§. 7.

Erfordernisse [27]).

Nachdem nun der Begriff der Innominat-Contracte gegeben ist, gehn wir jetzt zur Darstellung des Wesens derselben über und stellen also hier die Erfordernisse der Innominat-Contracte zusammen, ohne jedoch in die Abweichungen der einzelen Arten von einander einzugehn, welches füglich dem nächsten Capitel aufbehalten bleibt.

I. Das erste Erforderniß ist nun, daß der unbenannte Vertrag irgend einem genannten Contracte nachgebildet sey; denn

1. Nirgends in den Gesetzen ist gesagt, daß die Leistung einen Vertrag zu einem Contracte erhebe. Die Gesetze welche sagen, dieser oder jener (Innominat-) Contract werde re eingegangen, sprechen immer von speziellen Verträgen, und sagen dabei nicht, der Vertrag werde dadurch zum Contract, sondern setzen immer voraus, daß hier ein Contract sey; die einzige Art aber, wie dieser Vertrag zum Contract wird, ist, daß er entweder wirklich ein Contract sey; zum Innominat-Contract wird er

27) Gewöhnlich wird hier auch des Umstandes gedacht, daß die L. C. in den Institutionen (und wie man jetzt hinzusetzen wird, im Cajus) übergangen sind. Ich lasse diesen Punkt deshalb hier unberührt, weil ich unten darauf zurückkommen muß (§. 16.)

Digitized by Google

dann dadurch, daß ihm entweder ein Merkmal zu dem Wesen dieses Contracts (z. B. der emtio, des mandati) abgehn, oder, was jedoch dasselbe eigentlich ist, daß irgend ein Merkmal hinzutrete (wie sich z. B. unter den genannten Contracten das depositum und commodatum unterscheiden), welches ebenfalls die Wirkung hat, daß der Vertrag aufhört, jener Contract zu seyn; also dadurch, daß ihm ein vitium anklebt, ohne welches er ein bestimmter Nominat-Contract wäre. Oder aber dieser Vertrag muß einem Nominat-Contracte nachgebildet seyn. Dieß läuft jedoch mit dem vorigen auf eins hinaus; denn das Erforderniß ist immer: es muß wirklich ein mangelhafter Nominat-Contract seyn.

2. Bei den Innominat-Contracten findet eine actio praescriptis verbis Statt; wo sie aber gegeben wird, heißt es, wo nicht immer, doch sehr oft, sie sey nach dem Muster einer Contractsklage gegeben. So heißt es an einem Ort: sed tutius erit — — — — praescriptis verbis actionem dari, quae actio similis erit, mandati actioni [28]. Dazu setzt Paulus noch hinzu: quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni. An einem andern Orte [29] sagt Ulpian melius

28) L. 5. §. 4. i. f. praescr. verb. (19. 5.)
29) L. 19. §. 1. eod.

esse dico pr. v. agi. nisi merces intervenit, nam si m. i. ex locato esset actio. Außerdem sagen die Gesetze selbst die Innominat-Contracte seyen vicini contractibus [30]), oder leiten sie von benannten Contracten ab [31]), oder sagen auch, die actio pr. v. sey nur eine Aushülfe, wo man keinen Namen für die Klage wisse [32]); woher es auch kommt, daß bei solchen, die im gemeinen Leben einen Namen haben, dieser selbst in den Gesetzen der Klage gegeben wird, ohne daß diese darum aufhört actio pr. v. zu seyn [33]).

3. Die Innominat-Contracte, die wir in den Gesetzen genant finden, sind alle nach dem Muster eines genannten Contracts gebildet; die permutatio nach der emtio [34]). Die aestimatio theils nach der emtio, theils nach dem mandatum [35]). Der contractus suffragii nach dem Mandat [36]); das precarium nach dem

30) L. 2. De rer. permut. (19. 4.)

31) L. 5. praescr. verb. L. 1. §. 2. De precario (43. 26.)

32) L. 2. 3. 4. eod.

33) L. 1. pr. De aestimator. (19. 3.)

34) L. 1. pr. De rer. perm. (19. 4.) L. 5. §. 1. praescr. verb. (19. 15.)

35) L. 1. pr. Aestimat. (19. 3.)

36) Thibaut System d. P. R. §. 897. not. 6.

Digitized by Google

commodatum; Andre Fälle, wo ein Geschäft ohne Namen zu den Innominal-Contracten gezählt wird, finden sich ebenfalls in den Gesetzen [37]), aber immer sind es solche, die einem genannten Contract ähnlich sind, d. h. denen zu dem Contract ein wesentliches Merkmal abgeht, oder hinzutrat. Nur ein wesentliches Merkmal hat jedoch immer diese Wirkung [38]).

4. Auch indirect enthalten die Gesetze diesen Satz in mehrfacher Beziehung. Beispielshalber möge hier die L. 11. h. t. ihren Platz finden. Hier entscheidet Papinian einen Fall, wo es ihm hauptsächlich um die Bestimmung zu thun war, welcher Grad der culpa zu prästiren sey. Er setzt als ausgemacht voraus, dieser Vertrag sey der contractus do ut facias, und sagt nun, gab ich jemanden eine Sache zu besehn, blos seines, oder sowohl seines, als meines Vortheils wegen, so prästire er dolus und culpa, gab ich sie ihm aber blos meines Vortheils wegen, so falle dieß weg, und er prästire mir nun blos dolus. Dieß ließe sich zwar aus allgemeinen Grundsätzen erklären, allein das Gesetz giebt als Grund an, weil das Geschäft in diesem letzten Falle dem depositum ähnlich sey. Zum depositum fehlt näm-

37) L. 5. §. 2. praescr. verb. L. 22. eod.
38) L. 5. §. 4. eod.

lich das ruhige Hinlegen. Denn indem der Empfänger etwas mit der Sache vornehmen soll, hört er auf Depositar zu seyn.

5. Auch der Name contractus, den die Gesetze selbst diesen Verträgen beilegen, scheint für diese Behauptung zu sprechen. Dieß ist schon oben (§. 6) berührt, bedarf also hier keiner Wiederholung.

II. Ein zweites Haupterforderniß ist die Leistung von der einen Seite.

Daß das R. R. den Grundsatz hatte, jedes Geschäft könne durch eine feierliche Form zu einem Contract gemacht werden, ist bekannt [39]). Dieser Grundsatz, der bis zu Justinians Zeiten galt [40]), hat zwar jetzt sein practisches Interesse verloren, allein, unleugbar ist zugleich, daß er das, was an den Innominat-Contracten etwa auffallend wäre, wohl zu heben im Stande ist.

Man muß nämlich ungefähr so räsonniren: Contracte sind blos diejenigen Verträge, die das Civilrecht dazu gemacht hat; allen übrigen klebt gewissermaßen ein vitium an, dieß vitium nun kann dadurch gehoben werden, daß man diese fehlerhaften Verträge in einer alten Civilform eingeht, diese

---

39) Titt. Inst. De Verb. obl. (3. 16.) et sqq. L. 7. §. 12. de pactis (2. 14.)

40) Ibid. — Boehmer doctrina de actionib. P. II. cap. 3. §. 28. 30. I. de actionib. L. 5. C. de rescindenda vendit.

Digitized by Google

Civilform ist die feierliche Stipulation. Durch diese wird das Geschäft zu einem stricti juris negotium, also unumstößlich [41]). Kann aber das vitium überhaupt gehoben werden, so mußte man, da mildere Grundsätze im Rechte eintraten, bald auf die Idee gerathen, es müsse auch auf andre Weise gehoben werden können. Daher wurden die Real-Contracte für gültig erklärt. Mit den Consensual-Verträgen sah man sich wohl noch vor, indem man vielleicht glaubte, ist es mit dem Consens Ernst, so wird es schwerlich zur Klage kommen; geht aber ein Theil von dem Vertrage ab, und kommt es also zur Klage, so ist dieß Beweises genug, daß es nicht ernstlich gemeint war, und man gestattet keine Klage daraus, außer, wenn eine civile Form hinzu kam, denn nun ist es Sache des Staates, darauf zu halten, daß seine Formen nicht gemisbraucht werden. Es gab indessen Verträge, die so oft vorkamen, und so sehr ins Unbedeutende gingen, daß es unmöglich war eine feierliche Form zu adhibiren. Diese nun, von denen das R. R. sagt, sie seyen juris gentium [42]) wurden aus eben diesem Grunde schon auf den Fall für vollgültig erklärt, wenn blos ernstlicher Consens hinzu trat.

Daß man die Zahl der Consensual-Contracte nicht vermehrte, während man die Real-Contracte,

41) Man denke an die Grundsätze von der in integrum restitutio und der rescissio negotior.

42) L. 1. §. 2. De contrah. ent. (18. 1.)

so zu sagen, ins Unendliche erweiterte, hat seinen natürlichen Grund. Man wollte das übereilte Contract-Eingehn verhindern, der Consens ist leicht gegeben, während mancher wohl ansteht, von seiner Seite zu leisten. Aber auch die stipulatio war lästig. Es mußte den Leuten höchst beschwerlich fallen, wenn sie, um einen Contract einzugehn, der, wenn er mit baarem Gelde geschlossen wurde, ein Kauf, also ein Consensual-Contract gewesen wäre, nun, da sie blos Sachen eintauschten, Zeugen rufen und stipuliren, oder in einer feierlichen Scriptur, — die auch gewiß nicht umsonst verfertigt wurde, — eingehn sollten. Daher nun stellte man wohl den Satz hin: Einem Contract klebt ein vitium an, wenn ihm zu seinem Wesen ein Merkmal abgeht. Durch dieses vitium hört er auf, Contract zu seyn. So wie aber dieses vitium durch Stipulation gehoben werden kann, so soll es auch re, d. h. durch die von einer Seite erfolgende Leistung purgirt werden können, und der Vertrag, derwegen dieses vitii aufhörte Contract zu seyn, soll durch diese purgatio wieder seine volle Kraft erhalten d. h. also Contract seyn. Daß hier die vier genannten Real-Contracte das Muster abgaben, leidet keinen Zweifel; aber die genannten Real-Contracte sind noch vermehrt [43]), bei der In-

43) z. B. durch den Prätor nachdem pignus das pactum hypothecae eingeführt.

nominat-Contracten ist die Leistung nothwendiges Requisit, und keine Erweiterung denkbar [44]). Diese Leistung nun purgirt das dem Contract anklebende vitium, und bewirkt dadurch, daß der, als Contract mangelhafte, Vertrag zum Contracte wird. In allen Gesetzen, die von den Innominat-Contracten reden, ist auf die Leistung besonders Gewicht gelegt, und oft gesagt, es müsse erst geleistet seyn, ehe der Contract existirt [45]). Und wo von der Möglichkeit aus Innominat-Contracten zu klagen die Rede ist, heißt es nie do, facio, caet. sondern immer dedi feci, vendidi, aedificavi u. s. w. [46]).

III. Auch darf der Vertrag weder in den alten Civilgesetzen als eigner Contract aufgeführt, noch zu einem pacto praetorio oder legitimo gemacht seyn [47]). Dieß ergiebt sich aus dem vorhergehenden von selbst, bedarf also keiner Beleuchtung.

IV. Endlich muß ein zweiseitiges Geschäft vorhanden seyn, d. h. es muß durch die Leistung von

---

44) Eben weil sie ihrer Natur nach, als etwas unbestimmtes keiner Erweiterung fähig waren. Was erweitert werden soll, muß bestimmte Gränzen haben.

45) L. 1. §. 2. 4. De Rer perm. (19. 4.) L. 6. C. de rer. perm. (4. 64.)

46) L. 16. De cond. caus. dat. c. n. s. (12. 4.) L. 5. §. 2. pr. v. (19. 5.) L. 5. §. 4. L. 6. eod.

47) L. 2. 3. 4. eod.

Digitized by Google

der einen Seite eine Gegenleistung von der andern bedungen seyn; sonst ist es kein contractus, weil das συναλλαγμα fehlt [48]).

§. 8.

Ueber die causa contractuum innominatorum.

Unter causa contractuum eine ratio sufficiens, a lege approbata, ob quam conventio actionem producit [49]) zu verstehn, möchte wohl mißlich seyn; denn materiell ist (§. 2.) der Unterschied zwischen Contracten und pactis eigentlich nicht, sondern blos historisch. — Man muß also wohl das Wort causa contractuum nicht für ein Kunstwort halten, sondern es nach dem jedesmaligen Zusammenhange erklären, so daß es blos im grammatischen Sinne zu nehmen ist, also die Ursache, Veranlassung. So müssen denn auch die bekannten Worte von Ulpian [50]): Sed etsi..... subsit tamen causa, eleganter Aristo respondit, esse obligationem, so übersetzt werden: Wenn nun aber ..... so geben wir, wie Aristo sehr treffend be-

---

48) Tot. tit. pr. v. (19. 5.) cf. L. 7. de pactis. (2. 14.) L. 19. de V. S. (50. 16.)

49) Hellfeldt J. F. §. 306. i. f. Auch Glück Comm. Bd. 4. Seite 220 erklärt die causa contr. so, obgleich er ebenda S. 221 Hellfeldt darüber tadelt.

50) L. 7. §. 2. De pactis.

Digitized by Google

merkt, doch eine Klage, wenn sie nur sonst hinlänglich begründet ist. Es giebt also keine eigentliche causa contractuum, sondern causa obligationis ist immer das, wodurch die Klage begründet wird. Giebt es überhaupt keine C. C., so giebt es auch keine C. C. innominatorum, und mit ihrem Gegenstande fällt die Untersuchung darüber weg.

Digitized by Google

Zweites Capitel.

Eintheilung der Innominat-Contracte.

§. 9.

Regulares, irregulares.

Die Eintheilung der Innominat-Contracte in reguläre und irreguläre, die auch im gemeinen Leben keinen Namen haben, und bei denen dieß der Fall ist, findet sich bei Mehreren [51]). Sie ist aber nicht in den Gesetzen gegründet, und auch schon von Manchen als unnütz getadelt [52]). Sie ist aber nicht nur unnütz, sondern ganz falsch; denn, wenn ein Contract derjenige Vertrag ist, der in den

51) z. B. Hahn diss. cit. §. 22. Lauterbachii Coll. th. pr. Lib. XIX. Tit. III. §. 7. Hellfeldt. l. c. §. 1069.

52) Thibaut System d. P. R. §. 164. i. f. Glück Comm. §. 1069.

Civilgesetzen als contractus genannt ist, so kann der Umstand, daß einige im gemeinen Leben einen Namen haben, nichts ausmachen, also auch keine Eintheilung begründen.

§. 10.

Eintheilung der Gesetze.

Dagegen ist die Eintheilung von Wichtigkeit, die die Gesetze selbst aufstellen. Nämlich die in do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias [53]). Man hat zwar behauptet, es gebe nur zwei Arten [54]); allein man darf eine Legaleintheilung darum nicht verwerfen, weil ein Merkmal, (das jus poenitendi) nicht ganz darauf zu passen scheint. Was den §. 3. der L. 5. h. t. betrifft, so wird die dadurch veranlaßte Controverse unten erörtert werden, und die L. 7. §. 2. sagt hier gar nichts, denn daß dort nur das do ut vorkommt, kann weder für noch gegen das facio ut beweisen, indem das voranstehende »ut puta« hinlänglich zeigt, daß Ulpian blos in einem Beispiele seinen Satz deutlich machen wollte. —

Dagegen behauptet Gans, Paulus habe in dem angeführten Gesetz blos ein Schema geben wollen, um daran zu zeigen, wo die actio praescriptis

---

53) L. 5. II. praeser. verbis (19. 5.)

54) Reichhelms angef. Schrift.

verbis Statt finde. Heißt dieß, er habe zeigen wollen, wo die a. pr. v. als eigne Contractsklage[55] Statt finde? Dann spricht Paulus in dem Gesetze auch von Innominat-Contracten und Gans streitet blos um den Namen.

Soll es heißen, Paulus habe alle Fälle aufzählen wollen, wo diese Klage gegeben wird, so frage ich Gans, warum überging Paulus so viele Fälle, warum stellt er die verschiedenen Rubriken immer benannten Contracten gegenüber, warum wählt er überall Fälle, wo schon von einer Seite geleistet war? Warum endlich beginnt er das Gesetz mit einer Bemerkung von his speciebus? Man muß sich die Sache so denken:

Es giebt zwei Arten sich zu verbinden, Geben und Thun. In dem Augenblick, wo ich gebe, verpflichte ich meinen Gegner zur Gegenleistung; eben so in dem Augenblick, wo ich thue. Dieß Geben und Thun nun läßt sich auf vierfache Weise in einander verschlingen. Wird durch mein Geben ein Geben bedingt, so ist ein do ut des vorhanden; wird durch mein Geben eine Verpflichtung, ein factum zu leisten hervorgebracht, so ist es ein do ut facias. Bezweckt dagegen mein Factum ein Geben von Seiten meines Mitcontrahenden, so entsteht das facio ut des; ein facio ut facias aber, wenn mein Thun ein Thun bezweckt.

---

55) S. unten §. 28.

Der Ausdruck Thun enthält im Allgemeinen auch das Nichtthun[56]). So einfach die Sache an sich ist, so fragt sich hier noch, ob bei den Innominat-Contracten es möglich sey, daß ein Nichtthun die Verpflichtung zur Leistung begründe? Wollte man mit Reichhelm raisoniren, so müßte man die Frage schlechthin verneinen.

Da aber der Titel de V. S. bekanntlich allgemeine Regeln aufstellt, da ferner nirgends gesagt ist, daß diese Regel bei den Innominat-Contracten nicht gelte, so glaube ich behaupten zu müssen, das Nichtthun könne, so weit dieß möglich ist, auch bei den Innominat-Contracten für ein Thun gelten. Die Frage: Wann ist dieß möglich, führt auf folgende Unterscheidung:

1) Es ist die Rede von einem non facio ut; und zwar:

a. Das Unterlassen betrifft eine Handlung, die keinen Termin hat. Hier ist der Fall, wo es unmöglich ist, zu bestimmen, wann die Leistung geschehen ist, wie z. B. bei dem Versprechen, nie heurathen zu wollen. Dieß Unterlassen kann, eben weil man nicht weiß, wann es vollendet ist, keinen Innominat-Contract bilden.

b. Dem Unterlassen ist ein Termin gesetzt; z. B. Ostern nicht verreisen zu wollen. Hier ist

56) L. 189. de V. S.

es möglich, daß das Nichtthun einen Innominat-Contract begründe; denn lasse ich Ostern vorbeigehn, ohne zu verreisen, so habe ich von meiner Seite geleistet, und den andern verpflichtet. Daß hier kein jus poenitendi eintreten kann, trifft diesen Fall nicht mehr, als das positive Thun.

2) Es ist die Rede von einem Do (facio) ne (ut non) facias.

Hier bedarf es nicht einmal dieser Unterscheidung, denn, so lange das zu unterlassende Factum nicht geschieht, kann ich ja wenigstens beim do ut) poenitiren; geschieht es aber, so ist der Contract gebrochen, und ich habe alle Rechtsmittel, die mir wegen der Nichtleistung eines zu leistenden positiven Thuns zustehen.

Betrachtung der einzelnen Formen.

§. 11.

Do ut des.

Dieser Form, wo eine Sache für eine Sache gegeben wird, liegt der Kauf zum Grunde. Dare heißt hier nämlich, Eigenthum übertragen[57]). Dieß

57) §. 14. J. de actionib. (4. 6.) L. 1. C. de fundo. dotali (5. 23,)

ist bei den F. C. um so mehr anzunehmen, weil sonst gar keine Grenzen denkbar wären, und, wenn man das dare hier im weitern Sinn nähme, wo jedes Hingeben ein dare ist, fast jeder Contract ein solches einschlösse. So würde z. B. die aestimatio ein contractus do ut des seyn, wenn das Hingeben zum Verkauf ein Geben im engsten Sinn wäre. Da aber der animus dominii conferendi fehlt, so ist kein wahres dare in diesem Sinn, sondern in einem laxeren vorhanden. Auf der andern Seite muß man aber die Bedeutung nicht gar zu eng nehmen; denn so würde z. B. ein do ut des dadurch entstehn können, daß ich jemanden eine dingliche Servitüt einräume, um dagegen eine Sache zu erhalten. Denn dieser Contract ist blos nach dem Kaufe zu beurtheilen, da er diesem nachgebildet ist, und dieß bei dem Kauf zulässig ist[58]). Dieß ist auch in der That nicht sehr vom Eigenthum übertragen verschieden, nur muß das Recht ein dingliches seyn, sonst ähnelt der Contract nicht dem Kauf, sondern der Miethe. Der einzige mögliche Contract in dieser Form ist der Tausch.

Der Tausch (rerum permutatio) ist wohl unter allen Contracten gerade derjenige, der am meisten vorkommt. Bei uncultivirten Völkern ist er

---

58) L. 65. de contrah. emt. (18. 1.) L. 12. de pignorib. (20. 1.)

gewiß die Form des Kaufes [59]), weil die Erfindung des Geldes schon Cultur voraussetzt. Daß aber mit Einführung des Geldes bei den Römern aller Tausch aufhörte, ist höchst unwahrscheinlich; denn daß er nicht in den Gesetzen vorkam [60]), liegt darin, daß er ja unter dem Namen emtio darin enthalten war, welchen Namen er vielleicht vor Einführung des Geldes ausschließlich haben mochte. Wenn übrigens einige [61]) behaupten, die permutatio sey nicht der contractus do ut des, so möchte dieß wohl schwer zu erweisen seyn. Aber auch der Unterscheidung zwischen dem pactum de permutando und der permutatio, die mit Faber [62]) Glück macht, bedarf es nicht. Ueberhaupt scheint mir diese Distinction nicht recht an ihrem Platze. Denn, wenn die R. Kaiser selbst sagen: Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat, nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem [63]),

59) L. 1. pr. de contrah. emt. (18. 1.) Von den alten Deutschen bezeugt es Tacitus.

60) Denn, daß er nicht darin vorkam, erhellt wohl daraus, daß er nachher als Innominat-Contract erscheint.

61) Höpfners Comm. §. 802. Lauterbach. coll. th. pr. h. t.

62) Conjecturar. Lib. VI. c. 9. Glück Comm. Bd. 18. S. 112.

63) L. 3. C. h. t. (4. 64.)

Digitized by Google

so heißt dieß doch wohl: Aus dem Vertrage einen Tausch schließen zu wollen, erhält niemand eine Klage, hätte man aber stipulirt, so findet allerdings die actio ex stipulatu Statt, aber nicht wegen des Tauschenwollenvertrages, sondern wegen der Stipulation, die ja jeden Vertrag zuläßt. Aber gar sonderbar klingt es, wenn man sagt, contractus do ut des non permutatio est, sed principium permutationis, quae tum demum perficietur, cum, postquam ego dedero, tu vicissim dederis [64]). Das heißt doch mit andern Worten entweder: der Tausch wird erst vollkommen, wenn beide Theile sich leisten, wie jeder Vertrag, und dann wäre allerdings der contractus nur der Anfang des Tausches, nicht des Tausch-Contracts; denn letzteres heißt permutatio in den Gesetzen. Oder es heißt, man könne gar keinen Contract eingehn, wenn er nicht auf der Stelle von beiden Seiten erfüllt wird, und dann wäre es Unsinn, und wenn Glück diesen Satz noch durch Brissonius unterstützen will, übersieht er, daß Brissonius ein Lexicon schrieb, und also wohl so allgemein sagen konnte: permutare dicuntur, qui res, quarum domini sunt, invicem mutant (die Erklärung des permutare durch invicem mutare schmeckt nach der todten Sprache) ultro citroque dando.

---

64) Faber, l. c. Glück a. a. O.

Der Tausch also ist ein Innominat-Contract, der der emtio nachgebildet ist [65]), und deshalb dieselben Gegenstände betreffen kann, wie jener. Die Hauptunterschiede sind in der L. 1. h. t. (19. 4.) angegeben, und bestehen darin, daß man nicht, wie beim Kauf sagen kann, einer sey Käufer und der andre Verkäufer; da beim Tausch Waare gegen Waare gegeben wird. Aus diesem Unterschiede folgt das, was Paulus vorher sagt; beim Kauf brauche nur der Verkäufer für die Eviction zu haften, beim Tausche sey dieß anders, von selbst; denn jeder ist Verkäufer, und jeder ist Käufer zugleich, also muß jeder als Verkäufer dem andern als Käufer das Eigenthum der Waare sichern. Der zweite Unterschied ist der, daß der Kauf ein Consensual-, der Tausch ein Real-Contract ist. Einen dritten Unterschied, daß nämlich beim Kauf nicht sogleich das Eigenthum auf den Käufer übergehe, aber beim Tausch, kann ich als Unterschied nicht gelten lassen, denn auch beim Kauf geht das Eigenthum des gezahlten pretii sogleich, und der Waare wenigstens dann, wenn das pretium gezahlt ist, auf den Empfänger über; und auch beim Tausch geht das Eigenthum nur widerruflich über, und kann condizirt werden, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt. Es würde diese Schrift zu sehr anschwellen, wenn ich die einzelen in den Gesetzen genannten

65) L. 2. C. h. t. (4. 64.)

Innominat-Contracte weitläuftig abhandelte; ich beschränke mich also darauf in möglichster Kürze die Umrisse derselben zu geben. Die Erfordernisse des Tausches nun sind diese:

1) Es muß eine Sache gegen eine Sache gegeben werden. Dieß unterscheidet ihn vom Kauf[66]; daß bei diesem Geld für eine Sache gegeben wird. Geld gegen Geld gegeben ist jedoch ein Tausch, denn Geld ist Waare, sobald es Gegenstand des Handels wird, und nur insofern Geld, als es die materia ist, deren publica et perpetua aestimatio difficultatem permutationum aequalitate quantitatis subvenit.[67] Wird es Gegenstand des Handels, so ist nicht länger von einer quantitas aequalis, sondern von verschiedenen species die Rede.[68]

2) Daß von beiden Seiten das Eigenthum übertragen werde. Auch hierin correspondirt der Tausch dem Kaufe. Wie bei seinem Muster, dem Kaufe, können aber auch beim Tausche dingliche Servituten der Gegenstand seyn. Diese sind, da sie auf beständig errichtet werden, gewissermaßen im Eigenthum des Herrn des herrschenden Gutes. Uebrigens sind ein Gegenstand des Tausches sowohl körperliche

66) L. 1. pr. h. t. (19. 4.) L. 5. §. 1. L. 9. praescr. verb. (19. 5.)

67) L. 1. pr. h. t.

68) L. ult. praescr. verb.

als unkörperliche [69]), fungible infungible Sachen, genera und species [70]), wie beim Kaufe, eben so wie bei diesem darf auch beim Tausch keine laesio enormis [71]) Statt finden und muß Eviction prästirt werden. Auch befreit der Zufall von der Gegenleistung [72]). Eine schwierigere Frage ist die, ob, wenn ein Zufall ihn hindert die Gegenleistung zu prästiren, er das Empfangene restituiren müsse? Die Antwort ist wohl: Ging die empfangene Sache bei ihm unter, so ist er zwar zur Gegenleistung verpflichtet, aber das jus poenitendi muß wegfallen, denn impossibilium nulla datur obligatio. Wurde der Empfänger durch Zufall gehindert, seine Gegenleistung zu prästiren, so scheint es zwar, als ob er das Empfangene restituiren müsse, allein die Gesetze sagen klar das Gegentheil [73]); wobei sich aber von selbst versteht, daß, wenn auch die Repetition wegen Nichterfüllung wegfällt, doch die repetitio ex capite poenitentiae damit noch nicht aufhört. Denn das jus poenitendi besteht für sich. Uebrigens haben beide Theile gleichen Vortheil von

---

69) L. 65. de contrah. emt. (18. 1.)

70) L. 7. C. h. t.

71) L. 4. C. de rescind. vend. (4. 44.)

72) L. 5. §. 2. L. 10. quib. mod. ususfr. (7. 4.) L. 8. quib. mod. pign. (20. 6.)

73) L. 3. §. 3. de cond. caus. dat. c. n. 6. (12. 4.) L. 38. §. 1. locati (19. 2.)

Digitized by Google

dem Geschäft, müssen sich also culpa levis prästiren [74]).

Daß Geld gegen Geld verwechselt werden kann, und daß dieß ein wahrer Tausch sey, ist schon oben bemerkt, aber nichts besonderes, denn Geld ist Waare. Wenn aber Manche [75]) unsere Wechsel (cambia) hier abhandeln, so scheint dieß ein Erbstück unsrer alten Usuum modernorum, die alles gern romanisiren möchten. Die Wechsel sind ein eigenthümlich Deutsches Institut, gehören also nicht hieher. Assignationen aber, die auch die Römer schon gekannt zu haben scheinen [76]), sind entweder ein mit einem Mandat gepaartes Mutuum, oder ein reines Mandat. Werden Assignationen gegen Assignationen, Wechsel gegen Wechsel umgetauscht, so ist dieß, als reiner Tausch, wieder nichts besondres, verdient also auch keiner Erörterung.

§. 12.

Do ut facias.

Die zweite von Paulus angegebene Form ist der contractus do ut facias, d. h. ich gebe Dir eine Sache dafür, daß Du mir ein Factum

74) L. 5. §. 2. commodati (13. 6.).

75) z. B. Hahn l. c. §. XIII. Glück Bd. 16. S. 191. ff.

76) L. 5. praescr. verb. (19. 5.)

Digitized by Google

dagegen leistest. Grundlage ist hier die locatio conductio [77]). Von dieser Form lassen sich verschiedne Modificationen denken, und es sind auch mehrere in den Gesetzen ausgehoben. Dieser Contract erfordert also

I. Daß etwas gegeben werde. Dieß kann sowohl in Gelde als Sachen bestehn, und letztere können wieder bewegliche, unbewegliche, fungible, infungible Sachen seyn; wobei jedoch so zu unterscheiden ist:

1) Es wird Geld gegeben, wogegen ein Factum geleistet werden soll, quod locari solet, d. h. das einen Marktpreis hat. Dieß ist eine locatio conductio [78]).

2) Es wird eine Sache gegen ein solches Factum gegeben, dann ist es der contr. do ut facias.

3) Es wird Geld gegeben gegen ein Factum quod locavi non solet. Dieß ist ebenfalls der Contract do ut facias [79]).

4) Es wird eine Sache gegen ein solches Factum gegeben. Hier ist es eben so.

5) Es wird Geld oder eine Sache gegeben, damit ein Factum unterlassen bleibe. Hier ist

---

77) L. 5. §. 2. L. 22. §. 12. eod.

78) Tit. II. de locatione (19. 2.) L. 22. de praescr. verb. L. 1. §. 4. Mandati.

79) L. 1. de extraord. cognit (50. 13.)

Digitized by Google

ebenfalls der Innominat-Contract do ut facias [80]).

6) Es wird zum Theil Geld, zum Theil eine Sache gegeben. Dann ist nach den Gesetzen eine wahre locatio vorhanden [81]), wenn der Preis im Gelde größer ist, als der in Sachen. Ist aber das Factum ein solches, quod locari non solet, so ist natürlich auch in diesem Fall ein Innominat-Contract do ut facias.

Es entsteht nun die Frage, von welcher Art muß das dare seyn? Wir sahen beim do ut des, daß dort das dare ein Eigenthum übertragen sey; es könnte also scheinen, daß es dieß hier auch seyn müsse. Allein der Grund, warum es dieß dort seyn mußte, weil nämlich das do ut des dem Kaufe nachgebildet ist, fällt hier weg. Das do ut facias aber ist nach dem Muster der locatio geformt, bei der eine Sache zwar gegeben, aber nicht eigenthümlich übertragen wird. Im Gegentheil wird selbst bei der locatio rei die Sache zurückgegeben, und das do ut facias ist der loc. cond. operar. nachgebildet, denn auch da, wo eine zu restituirende Sache gegeben wird, ist ein do ut facias. Es kann

80) L. 189. de V. S. (50. 16.)

81) L. 19. §. 3. locati (19. 2.) L. 38. L. 79. de contr. emt., (18. 1.) L. 6. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.) vergl. pr. §. 3. 4. J. de locat. et cond. (3. 25.)

Digitized by Google

also von einer Seite (nicht von beiden, denn da wäre es Tausch) ein Eigenthum übergehn, aber es muß nicht.

Hier möchte sich nun am schicklichsten noch eine Bemerkung anknüpfen lassen. Es ist nämlich wohl vorgekommen, daß man das do ut des in zwei Abtheilungen trennt, und behauptet, es sey entweder do ut des (s. str.) oder do ut reddas. Dieß ist falsch. Um das zu zeigen fassen wir hier das do ut reddas von zwei Seiten auf.

1. Do, ut rem antea a me acceptam reddas. Hier sind zwei Fälle möglich:

a) Do ut reddas rem, cujus dominium in te transtuli. Dieß ist ein strenges do ut des. Denn, daß der andre früher die Sache von mir erwarb, ist etwas ganz außerhalb liegendes; indem wir ja in Hinsicht auf das frühere Geschäft bereits aus allem nexus getreten sind.

b. Do tibi rem, ut rem antea a me acceptam, quam vero reddere debuisti, mihi nunc die nondum cesso, reddas. Dieß ist ein wahres do ut reddas im Sinne jener Eintheilung. Allein hier schließt das reddere schon darum kein dare ein, weil ich ja Eigenthümer blieb, als ich ihm die Sache übertrug, er mir also kein Eigenthum übertragen kann; dann aber auch darum, weil das frühere dare kein dare, sondern ein fa-

Digitized by Google

cere (ein früher geben) oder ein non facere (nicht abwarten des Termins) ist. Denn das dare ist hier eigentlich blos tradere und tradere ist ein Factum.

2. Do rem, ut eandem rem reddas. Auch hier ist das reddere kein dare, denn auch hier überträgt mir der andre durch die Rückgabe kein Eigenthum. Aber für diesen Fall haben wir, um es kurz zu machen, ein eignes Gesetz, welches auch den Fall sub 1. b. begreift, und ausdrücklich sagt: faciendi verbo reddendi quoque causa continetur [82]).

Gehört nun das reddere, wo es ein wahres reddere ist, unter die Rubrik des facere, so bedarf ich wohl keiner Entschuldigung, daß ich das precarium zum do ut facias zähle. Denn daß das precarium überhaupt ein Innominat-Contract ist, beweisen die Gesetze, die daraus eine actio praescriptis verbis geben und es für eine Nachbildung des Commodats erklären, als zu welchem nur der Ablauf der Zeit, oder die Beendigung eines bestimmten Gebrauchs fehlt.

II. Gegen die empfangene Sache muß ein Factum geleistet werden. Ein Zufall befreit von der Leistung, bei der es übrigens gleichgültig ist, ob das Factum an der empfangenen Sache zu leisten ist, oder unabhängig davon.

82) L. 175. De V. S.

III. Das zu leistende Factum muß nicht blos dem leistenden nützen. Denn dieß wäre eine donatio sub modo. Z. B. ich gebe Dir etwas, um Doctor der Philosophie zu werden. — Aus der donatio sub modo will Gans einen Grund gegen die Existenz der Innominat-Contracte hernehmen, wir müssen sie deshalb, obgleich sie eigentlich außer unserm Bereich liegt, hier betrachten, versteht sich, so weit sie uns hier interessirt.

Die donatio sub modo ist ein Vertrag, Kraft dessen Jemand einem andern ex mera liberalitate etwas zu einem bestimmten Zweck giebt, der des Empfängers Nutzen bezielt. Erfüllt der Empfänger diesen Zweck nicht, so hat der Schenker die condictio causa data, causa non secuta auf Zurückfoderung. Aus dieser condictio soll nun sich ergeben, daß die Innominat-Contracte eine Fabel seyen. Aber die condictio c. d. ist nirgends als ein den Innominat-Contracten ausschließlich eigenthümliches Merkmal bezeichnet und ist es eben so wenig, wie in ihr das jus poenitendi liegt (§. 26.) Es ist wohl schwerlich Jemanden eingefallen, die donatio sub modo für einem Innominat-Contract zu erklären, weshalb also der Beweis, daß sie es nicht sey, überflüssig war, und doch auch in der That noch nicht den Beweis involvirt, daß es überhaupt keine gebe. Wenn man sich an das oben (§. 7.) gesagte erinnert, so wird man nicht behaupten wollen, die donatio sub modo sey ein Innominat-

Contract, denn erstlich ist sie eine wahre donatio [83]) und nicht blos der donatio nachgebildet, und wäre sie dieß, so könnte sie kein Contract seyn, denn die donatio ist blos ein pactum legitimum [84]), hiemit fällt also der aus der donatio sub modo hergenommene Einwand von selbst weg.

Contractus suffragii.

Eine in den Gesetzen genannte Art des do ut facias ist der contractus suffragii [85]); oder der Vertrag, wodurch jemanden etwas gegeben wird, damit er sich des Gebers annehme. Dieß kann selbst in Gelde bestehn, ohne daß darum eine locatio operar. heraus käme, denn dieß Vertreten ist ein factum quod locari non solet. Das Wesen dieses Contracts besteht darin:

1. Das etwas gegeben werde [86]); denn würde der andre das Geschäft unentgeldlich verrichten, so wäre es ein Mandat; und würde etwas blos versprochen, so wäre es, nachdem der andre geleistet hat der contractus facio ut des, nicht

---

83) Leyser Med. ad B. Sp. 435. m. 1.

84) L. 35. §. ult. C. de Donat. (8. 54.)

85) Ein für allemal L. un. C. de suffragio (4. 3.)

86) Glück Comm. Bd. 18. §. 1070. S. 108. hält ein Versprechen für hinlänglich, allein inconsequent, da er das suffragium selbst als Innominat-Contract behandelt, und gegen die Gesetze. L. un. C. cit.

Digitized by Google

aber do ut facias. Was gegeben wird, ob Geld oder Sachen, ist gleichgültig, jedoch ist zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ein Unterschied.

1. Wird nämlich eine bewegliche Sache gegeben, so genügt die bloße Uebergabe, um den Contract klagbar zu machen.
2. Wird hingegen eine unbewegliche Sache gegeben, so ist erfoderlich:

a. Daß der Contract schriftlich abgefaßt werde.

b. Daß das Grundstück tradirt, und

c. die Vollendung des Geschäfts gerichtlich bescheiniget werde.

Vielleicht mochte die Gefahr des Betruges, die bei diesem Contract sehr groß ist, zu dieser größern Vorsicht Veranlassung geben. Würde die Sache nicht gleich gegeben, sondern nur versprochen, so kann der andre, nachdem er seinerseits den Contract erfüllt hat, auf Tradition klagen [87]). Denn obgleich jetzt das Wesen des do ut facias aufhört, so bleibt doch immer ein Innominat-Contract, nämlich facio ut des. Wollte er sich hingegen eigenmächtig in Besitz setzen, so muß er die Sache herausgeben, und verliehrt seine Ansprüche [88]). Auch diese Verordnung mochte ihren guten Grund haben,

87) L. un. C. cit. c. f.

88) «Qui invadere non dubitavit, quod petere debuiset» L. un. C. cit.

Digitized by Google

indem es wohl meistens der Fall seyn wird, daß derjenige, der etwas beim Regenten durchzusetzen wünscht, sich an einen mächtigen und angesehnen Mann wendet, dem es nachher leicht werden muß, den armen Clienten um das seine mit Gewalt zu bringen.

II. Die Sache muß gegeben werden, damit der Empfänger sich des Gebers in einer wichtigen Sache annehme. Welches die Gegenstände dieses Contracts sind, sagen die Gesetze nicht. Aber nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß man alle Anliegen an den Regenten dahin rechnen, der Gegenstand möge seyn was er wolle, also z. B. Anstellung, Gestattung eines Privilegiums u. dergl. Ausgenommen sind jedoch:

1. Gesuche um ein Richteramt [89]) oder sonstige Anstellung beim Gericht [90]), so wie um eine Magistratswürde [91]). Ja, Justinian hat die poena quadrupli darauf gesetzt, wenn sich einer für eine solche Beförderung etwas bezahlen läßt, der schon von Amts wegen dazu verpflichtet war [92]). Auf Seiten dessen, der sich

89) Nov. 8. c. 1.

90) L. 7. C. De advocat. div. jud. (2. 8.)

91) Nov. 8. c. 1.

92) Nov. 161. L. 6. C. ad L. Jul. repetund. (9. 27.)

Digitized by Google

auf diese Weise etwas geben läßt, wäre ein crimen repetundarum [93]), so wie auf Seiten des Gebers ein ambitus.

2. Gesuche in einem Prozeß, sowohl lite pendente, als sententia lata [94]).

3. Ueberhaupt alle Fälle, wo derjenige, der sein Ansehn für einen andern verwenden soll, schon von Amts wegen dazu verpflichtet ist, dieß zu thun. Hier würde wieder ein crimen repetundarum und resp. ein ambitus existiren [95]). In allen diesen Fällen steht außer der Criminalstrafe auch noch Ungültigkeit des Geschäfts darauf, und in dem Fall sub Nr. 2. noch außerdem Verlust des Prozesses [96]).

III. Der Zweck muß erreicht seyn. Denn das Hauptgesetz (oben Note 85) sagt ausdrücklich: Cum ea quae optaverint consequantur. Wie aber würde es seyn, wenn ein Zufall die Erfüllung des Zweckes hindert? Nach allgemeinen Grundsätzen würde man sagen müssen, der Zufall befreie von der Leistung; allein die Modificationen, die die besondre Natur dieses Contractes veranlaßt, führt zu dieser Unterscheidung:

---

93) L. 1. L. 4. 6. §. 2. L. 7. pr. D. De L. Jul. repet. (48. 11.) Nov. 161.

94) L. 2. 3. C. ut lite pendente (1. 21.)

95) L. 6. C. ad L. Jul. rep. (9. 27.) Nov. 161.

96) L. 2. C. ut lite pend. (1. 21.)

Digitized by Google

1. Der Zufall ereignet sich auf Seiten des zu vertretenden; z. B. er erhält ein andres Amt, oder er beerbt den Besitzer eines dinglichen Privilegii, das ihm mehr werth ist, als das, um welches er bat. Hier würde die Entscheidung ganz einfach so lauten: Nach der Strenge würde man sagen müssen, der Andre brauche das Empfangene nicht zu restituiren [97]); allein hier muß dieser Grundsatz ohne Wirkung bleiben, da der Geber vermöge seines jus poenitendi die Sache repetiren kann.
2. Der Zufall ereignet sich auf Seiten desjenigen, der leisten soll. Da das Gesetz sagt, der Zweck müsse erreicht seyn, so wird jetzt der andre mit der condictio caus. dat. c. n. s. repetiren können. Allein was heißt hier Zufall?
   a. Offenbar ist es nicht Zufall, wenn der Regent das Geschäft durch eine abschlägige Antwort vereitelt; theils weil es implicite in der Vorschrift des Gesetzes liegt, daß der Zweck erreicht seyn müsse, theils liegt es auch schon in der Natur des Vertrages, daß dieser Fall ganz ausgeschlossen bleibt; denn sonst würde ja der Contrahent durch seinen Vertrag einen Dritten, den Regenten verpflichten. Uebrigens bleibt die Repetition ex capite poenitentiae doch. —

97) L. 38. pr. locati (19. 2.)

b. Dann fragt es sich, ob es für culpa zu halten sey, wenn der, der seine Mühe auf diese Weise anwenden sollte, sich unrechter Mittel bedient? Hier sind wieder zwei Fälle denkbar:

aa. Die Mittel, die er anwendet, sind solche, von denen es in die Augen fallen mußte, daß sie nicht zum Zweck führen, z. B. er verwendet sich sehr lau, verschweigt einen Nutzen, den die Gestattung des Gesuchs wirklich haben würde [98] u. s. w. Hier ist allerdings culpa vorhanden, und deshalb muß er das Interesse leisten.

bb. Die angewandten Mittel sind nur besondrer Umstände wegen dießmal unwirksam, z. B. es bewirbt sich ein andrer darum, der beim Regenten in besserem Ansehn steht u. dergl. Hier fällt natürlich alle Zurechnung weg, und wenn auch im ersten Falle es selten zur Prästation der culpa kommt, so ändert dieß dennoch das Prinzip nicht.

3. Der Zufall ereignet sich im Object, z. B. die Saline geht unter, wird vom Feinde genommen u. dergl.; hier hört natürlich die Verbindlichkeit auf, aber es findet Zurückforderung Statt, weil das Gesetzt sagt, der Zweck müsse erreicht seyn.

---

98) Denn, falsche Vorspielungen zu machen kann man ihm nicht zumuthen.

Digitized by Google

Contractus aestimatorius. Trödel.

Ein andrer in den Gesetzen namhaft gemachter Vertrag, der zum Do ut facias gehört, ist der Trödel-Contract (contractus aestimatorius) [99].

Der Trödel-Contract ist der Vertrag, wodurch jemanden eine Sache zum Verkaufen gegeben, und ihm dafür ein Lohn versprochen oder gegeben wird, so daß der Contract respective Do ut facias oder facio ut des ist.

Daß dieß kein do ut des ist, erhellt schon daraus, daß der Trödler nicht tauschet, denn, daß keine emtio vorhanden sey, beweiset schon der Umstand, daß keine actio emti gegeben wird. Auch findet kein wahres dare, d. h. kein Eigenthum-Uebertragen Statt. Die aestimatio ist der locatio conductio operarum nachgebildet, von der er sich dadurch unterscheidet, daß ein factum prästirt wird, quod locari non solet [100]. Die Requisite der Aestimatio sind:

I. Es muß eine Sache gegeben werden. Hier sind einige [1]) der Meinung, die gegebene Sache

99) Tit. P. De Aestimatoria (19. 3.)

100) Man muß sich ja hier den gemeinen Sprachgebrauch aus dem Sinne schlagen, und bei dem Worte Trödel nicht blos an den Schacherjuden denken. Genau genommen gehören unsre Buchhändler, Commissionairs u. dergl. hieher.

1) Floerke De contr. aestimatorio. §. 12. J. H. Boehmer exercitat. ad II. T. III. exerc. 54. Lauterbach coll. th. pr. h. t. §. 9.

gehe in das Eigenthum des Trödlers über; wogegen andre die entgegengesetzte Meinung vertheidigen [2]). Die letztere Ansicht scheint mir die richtigere. Denn der Trödler erhält die Sache ja nur, sein möglichstes zu thun, sie zu verkaufen; er ist aber keineswegs verbunden, sie selbst um den bestimmten Preis zu behalten, wenn er sie nicht anbringen kann. Auch geht ja das periculum nicht unbedingt auf den Trödler über, sondern nur dann, wenn er um den Auftrag bat [3]), (nach den allgemeinen Grundsätzen: Wer sich zu einem Geschäfte hinzudrängt übernimmt immer mehr Verantwortung) oder ganz bestimmt versprach, den Preis zu liefern [4]). Besonders aber geht dieß daraus hervor, daß es nicht einmal nöthig ist, einen bestimmten Preis zu setzen, und daß der Trödler, wenn ein Preis bestimmt ist, den etwaigen Ueberschuß behalten kann. Auch möge man sagen, der Trödel-Contract sey dem Kauf, der locatio, oder dem Mandat nachgebildet, so kann auf keinen Fall das Eigenthum übergehn, beim Kauf geht es ja erst auf den Käufer über, wenn das pretium bezahlt ist, dieß geschieht aber beim Trödel-Con-

2) Müller ad Leyser T. II. Fasc. II. Obs. 448. Cocceji jus contr. h. t.

3) Denn L. 1. §. 1. h. t. ist durch L. 17. §. 1. praescr. verb. beschränkt.

4) L. 5. §. 3. Commodati (16. 3.)

tract erst, wenn die Sache wirklich verkauft ist, (und dann kann der Trödler sie doch nicht mehr erwerben) oder wenn sie dem Trödler selbst überlassen wird, und dieß ist ein wahrer Kauf. Beim Mandat geht nie ein Eigenthum über; so wenig wie bei der locatio von Eigenthum übertragen die Rede seyn kann; denn erstlich erhält es nicht einmal der conductor, und der Trödler ist locator, dann aber wird bei der aestimatio keine Sache, sondern Dienste vermiethet. Was die Gründe für die entgegengesetzte Meinung, nämlich die Alternativität der Obligation, die Behauptung, daß die Aestimation venditionis gratia geschehe, daß der suscipiens sich als dominus gerire, daß eine eventualis emtio verhanden sey, betrifft, so sprechen sie eher für das Gegentheil. Die Alternativität beweiset gar nichts, und eine Aestimatio venditionis gratia kann sehr gut ohne Eigenthum übertragen gedacht werden. Eine eventualis emtio ist nicht nothwendig vorhanden; wo sie aber ist, da ist sie ein wahrer Kauf unter einer Bedingung. Wer sich im juristischen Sinn als dominus gerirt, ist nicht dominus. Die Behauptung, daß die Natur der Aestimation das Uebertragen des Eigenthums erfordere, bedarf noch eines Beweises. Auch soll das Uebergehn des Eigenthums deshalb angenommen werden müssen, weil Ulpian sich sonst selbst widerspräche, hierauf läßt sich antworten, daß es

im R. R. nicht selten sey, das ein Gesetz einen allgemeinen Satz aufstelle, der nachher durch ein andres Gesetz näher bestimmt wird, und daß kein besondrer Grund vorhanden sey, warum dieß nicht auch mit der L. 1. h. t. (19. 3.) und der L. 17. §. 1. De P. V. (19. 5) geschehn seyn könne.

II. Die Sache muß gegeben werden, damit sie um einen Preis verkauft werde. Es kommt nichts darauf an, ob der Preis genau bestimmt ist, oder nicht; jedoch begründet dieß in der Verpflichtung des Trödlers einen Unterschied.

1. Es ist nämlich entw der ein Preis bestimmt. Hier darf der Trödler die Sache nicht unter diesem Preise verkaufen, braucht jedoch auch, wenn er mehr bekommt nur aestimatio de qua convenit [5]) zu liefern.

2. Oder es ist bedungen, der Trödler solle die Sache um den möglichst besten Preis verkaufen. Hier wird der Aestimator als institor des andern angesehn werden müssen, und alles empfangene herausgeben müssen. Auch ändert es das Wesen des Contracts nicht, wenn gleich oder nachher verabredet wird, der Trödler solle die Sache, wenn sich kein Käufer findet, selbst behalten.

III Man hat zwar, so viel ich weis bisher allgemein behauptet, der Trödel-Contract könne ge-

5) L. 1. §. I. h. t.

gen einen Lohn und auch unentgeldlich eingegangen werden. Allein es ist, wie ich glaube nothwendiges Requisit, daß ein Lohn versprochen werde. War kein Lohn versprochen, so war es ja ein Mandat. Daß das Versprechen eines Lohnes erforderlich sey, oder daß die Römer sich diesen Contract wenigstens nie ohne einen Lohn gedacht haben geht auch aus den Gesetzen selbst hervor, Ulpian zweifelt, welche Klage Statt finde, an ex locato quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto quasi operas conduxissem: an mandati [6])? Wie konnte ein Ulpian von einer locatio reden, von operis conductis, wenn kein Lohn versprochen war? Ueber das Mandat ließ sich eher zweifeln, denn wenn es auch unentgeldlich seyn soll; so kann doch

1. ein Honorar versprochen werden, und
2. ein Mandat seine Gränzen überschreiten [7]).

Aber derselbe Ulpian sagt, der Trödel-Contract unterscheide sich vom Mandat dadurch, daß letzteres gratuitum esse debet [8]). Dem steht auch nicht entgegen, daß hier ein Zusatz in den Worten liege, der andeute, daß das ut quae pluris vendidisses tibi haberes nicht immer Statt finde.

---

6) L. 1. pr. h. t.

7) L. 5. §. 4. praescr. verb.

8) L. 13. pr. eod.

Denn dieß kann unsern Satz nicht umstoßen, bestärkt ihn vielmehr; denn dieser Zusatz zeigt blos an, daß auch auf diese Weise der Lohn versprochen werden könne. Ja da Paulus in der L. 1. §. 1. h. t. sagt, der Trödler brauche nur die Aestimation zu liefern, de qua convenit, so versteht sich das, was Ulpian hier sagt, von selbst, und man kann jetzt annehmen, Ulpian habe durch die Worte: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, u. s. w. den Vertrag, von dem er sprach, charakterisiren wollen; so daß die Worte etwa so zu paraphrasiren wären: Wenn ich dir eine Sache gebe, um sie für einen gewissen Preis zu verkaufen, mit dem Bedeuten, daß Du den etwaigen Ueberschuß behalten sollest, also ein contr. aestimatorius unter uns eingegangen ist, so findet keine Mandats, oder Societätsklage, sondern eine actio praescriptis verbis Statt. Dieser Interpretation scheint auf den ersten Blick die L. 2. h. t. entgegenzustehn, wo Paulus sagt haec actio utilis erit, et si merces intervenit. Allein das Gesetz ist nur dann schwierig, wenn man es übersetzt, diese Klage ist von Nutzen [9]), wenn auch (i. qu. obgleich) ein Lohn versprochen war. Uebersetzt man hingegen: Diese Klage nützt auch dann (dem Tröd-

9) Von actio directa und utilis konnte wohl bei der actio in factum nicht die Rede seyn.

ler) wenn ein quantum als Lohn versprochen war, so schwindet die Schwierigkeit. Denn nun heißt es: Diese Klage, von der vorhin blos mit Rücksicht auf den Machtgeber (so nenne ich ihn der Kürze des Ausdrucks wegen) die Rede war [10], steht auch dem Tödler zu, wenn ihm ein bestimmter Lohn versprochen war. Denn sonst konnte sie ihm nicht zustehn, da kein Object da war. War kein Lohn versprochen, so hatte er, wenigstens in der Regel, nichts einzuklagen, und klagte er ja, so war es mit der actio mandati, doli caet.; war der Lohn so versprochen, daß er den Ueberschuß behalten sollte, so retinirte er, und brauchte nicht erst zu klagen, da er ja, wie man zu sagen pflegt, den Knauf auf den Beutel hatte. So kann der Trödel also in dieser Hinsicht eben sowohl unter das facio ut des, als unter das do ut facias fallen

Precarium.

Das precarium, so weit es uns hier interessirt, ist der Innominat-Contract (§. 12. Nr. 1.)*) wodurch jemanden auf sein Bitten der Gebrauch einer Sache gestattet wird. Der Vertrag ist offenbar dem Commodat nachgebildet [11], von dem er

10) Es hieß blos actio ex locato (nicht conducto); ex conducto (wenn der Trödler operas locirt hatte).

*) L. 23. de R. J.

11) L. 1. §. 3. h. t. (43. 26.)

sich blos durch die Widerruflichkeit unterscheidet. Quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit patitur [12]). Dieß precarium kann simplex seyn, wo blos der Gebrauch verstattet wird [13]), und non simplex, wo zugleich der Besitz übertragen wird. Diese Terminologie ist indeß nicht Römisch. Die Erfordernisse sind nun:

1) Daß die zu gebrauchende Sache tradirt [14]) werde, nach der Natur aller Innominat-Contracte.
2) Daß die Sache auf Bitten des Empfängers [15]) und
3) Widerruflich gegeben werde [16]). Der Widerruf findet vermöge des jus poenitendi Statt, kann daher erst unten erörtert werden.

Beim precarium findet außer den, den Innomat-Contracten gemeinschaftlichen Rechtsmitteln noch ein interdictum de precario Statt [17]). — Die Eigenheiten des precarii in Hinsicht auf Besitz, Verjährung u. s. w. gehören nicht hieher [18]).

---

12) L. 1. pr. eod.

13) L. 15. §. 4. L. 16. 17. h. t. (43. 26.)

14) L. ult. pr. eod.

15) L. 1. pr. eod.

16) L. 1. pr. §. 2. L. 2. §. 2. eod.

17) L. 14. h. t.

18) Auch die transactio gehört noch hieher, allein die Gesetze sprechen von ihr in andrer Beziehung; und so möge sie hier ausgeschlossen bleiben.

Digitized by Google

§. 13.

Fortsetzung.

a. facio ut des.
b. facio ut facias.

a) Der contractus facio ut des ist das umgekehrte do ut facias, was von diesem galt, muß also auch auf jenen angewandt werden; nur, daß hier mit dem Thun, dort mit dem Geben angefangen wird. Eigenheiten in Hinsicht auf das jus poenitendi gehören hieher noch nicht.

b) Die letzte namhaft gemachte Art ist das facio ut facias. Hier liegt offenbar das Mandat zum Grunde. Jeder der Contrahenten ist Mandatar des andern, allein das Mandat ist unentgeldlich, und hier tritt eine Art von Lohn ein. Allein man kann doch nicht sagen, es finde eine locatio Statt, denn diese heißt einen bestimmten in Geld zu zahlenden Preis. Es können also facta quae locari solent unbeschadet des Wesens dieses Contracts ihm zum Grunde liegen.

Digitized by Google

Drittes Capitel.

Vertheidigung des Bisherigen gegen Gans.

§. 14.

Uebergang.

Die Existenz der Innominat-Contracte hat neuerdings geläugnet: Gans über die fabelhafte Lehre von Innominat-Contracten und dem jus poenitendi [19]; und zwar auf eine Art, daß man sich fast scheuen muß, etwas darüber zu sagen. Denn der Verfasser der angeführten Schrift ist seiner Sache so gewiß, daß er im Voraus jeden für einen Unwissenden und Nachbeter erklärt, der es wagen möchte, die Theorie, der er »zu Grabe geläutet« zu haben glaubt, zu erwecken. Das ist nun wohl nicht zu läugnen, daß es sehr gewagt ist, wenn

19) Obligationenrecht 3te Abhdlg. S. 169 — 213.

Digitized by Google

ein Mann, dessen Name in der juristischen Literatur noch nicht bewährt ist, auftritt, und die größten Juristen, die von den Glossatoren bis auf unsre Zeit gelebt haben und noch leben, und bei deren Nennung jeder von Achtung und Bewundrung ergriffen wird, in diesem Tone, eines Mangels an Umsicht und Scharfsinn zeiht; wenigstens möchte schon dieser Umstand Grundes genug seyn, eine durch ihr Alter selbst ehrwürdig gewordene Theorie nicht so leicht fahren zu lassen. — Habe ich Recht, so bedarf ich überhaupt keiner Entschuldigung; irre ich, so möge es mich entschuldigen, daß ich mit Cujaz irre.

§. 15.

Benennung der J. C. in den Quellen.

Es ist allerdings gegründet, und auch noch nie geläugnet, daß der Name: contractus innominatus im R. R. nicht vorkommt; giebt man sich indeß die Mühe, die Gesetze gehörig aufzusuchen, so wird man bei Lesung der

L. 3. pr. verb. (19. 5.)

In quam [20]) necesse est confugere, quotiens contractus existunt, „quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt«. keinen Anstand nehmen, statt der weitläuftigen Umschreibung contr. cujus. a. n. j. c. p. est. das

20) i. e. in actionem praescr. verb.

kürzere contractus innominatus zu gebrauchen. Auch sehe ich nicht ein, warum man nicht statt dieser weitläuftigen Benennung, statt deren auch wohl negotium novum [21]) vorkommt, eben so gut contr. innominatus sagen könne, wie actio in rem, statt ad rem recuperandam [22]) caet. Daß übrigens die Sache im R. R. vorkomme, beweisen

Celsus Lib. II. Dig.

L. 2. pr. v. (19. 5.)

Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum (obligationum, i. e. contractuum) nomina, praescriptis verbis agendum est.

Ulpianus Lib. 30. ad Sabinum.

L. 4. eod.

Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. (oben §. 4. IV.)

§. 16.

Erklärung der L. 7. §. 2. de pactis.

Auch ist wohl die L. 7. §. 2. D. de pactis nicht so leicht abzufertigen, wie Gans zu glauben scheint; indem die Worte »Sed etsi in alium contractum res non abierit — — — esse obligationem« ihr ein bedeutendes Gewicht geben. Im §. 1. war gesagt, quae pariunt actiones in suo

21) L. 22. pr. verb. (19. 5.)

22) L. 15. de R. J. (50. 17.)

nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, locatio conductio, — — — — et ceteri similes contractus, und nun folgen im §. 2. die Worte sed etsi caet. Wie konnte hier von einem alius contractus die Rede seyn, wenn diese alii contractus keine Contracte wären? Sagt auch die L. 19. de V. S. contractus sey ein συναλλαγμα, ein ultro citroque obligatio, so wird doch Niemand läugnen, contractus habe eine engere Bedeutung, in der es so viel heißt, als conventio, cui causa civilis subest [23]); da nun bei allen im §. 1. erwähnten negotiis das Wort in diesem Sinne genommen ist, so ist wohl das natürlichste, es in dem eng damit zusammenhängenden [24]) §. 2. eben so zu verstehn. Warum aber auf das künftige Leisten ein so besondrer Nachdruck zu legen sey, sehe ich nicht ein, da Niemand bei den Innominat-Contracten behauptet hat, es sey ein Geben wegen einer gegenwärtigen Leistung, sondern da allgemein zugegeben ist, durch das gegenwärtige Leisten sey ein künftiges Gegenleisten bedungen. Zum Beweise

23) Der Kürze wegen so. — dieß causa civilis möge jeder nach seiner Theorie erklären. Mir ist es, mit Thibaut. System §. 163 f. das Enthaltenseyn in den ältern Civilgesetzen, und deren Analogie (bei den Innominat-Contracten.)

24) Ulpian verbindet bekanntlich gern durch sed.

dieſes Satzes läßt ſich auch noch eine Stelle[25]) anführen, gegen die keine Interpretation hilft. Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet. Durch die geſchehene Leiſtung würde ja aber die obligatio gehoben, wenn dieſe ſogleich erfolgte, alſo gegenwärtig wäre.

§. 17.

Inhalt der L. 5. praescriptis verbis.

Sonderbar iſt es, wie Gans in der L. 5. pr. v. (19. 5.) nur benannte Contracte finden will; da doch der §. 1. ausdrücklich ſagt, die permutatio ſey keine emtio; der §. 2. der angegebne Fall ſey keine locatio u. ſ. w. Wie dieß zu überſehn war, weiß ich nicht. Aber auch, wenn es ſich verhielte, wie Gans meint, wenn Paulus blos ein Schema hatte aufſtellen wollen, ſo darf doch eins nicht überſehen werden. Wenn ein Nominat-Contract vorhanden iſt, ſo entſpringt daraus eine nach dem Contract genannte Klage; geben die Geſetze nur eine actio in factum, ſo fehlt ja ſchon etwas an dem Weſen des Contracts; es iſt alſo nicht mehr der Contract. (§. 7. I. 1.) Dieß eben iſt aber der Sitz der Innominat-Contracte. Es ließen ſich eben ſo gut Innominat-Conſenſual-Contracte denken wie Innominat-Real-Contracte,

25) L. 1. §. 2. de Rer. perm. (19. 4.)

wenn man blos aus der Natur der Sache raisonniren wollte. Allein Contracte überhaupt sind eine Sache des positiven Rechts, daher kann auch nur das positive Recht etwas über eine species bestimmen. Dieß fodert eine res, d. h. eine Leistung, in der Absicht, dadurch die Verbindlichkeit der Gegenleistung hervorzubringen. Die permutatio wäre, ad instar emtionis, a priori nach der Analogie der Consensual-Contracte zu beurtheilen. Aber weil sie keine emtio ist, weil ihr zu einem Contracte ein wesentliches Merkmal abgeht, muß etwas hinzutreten, was diesen Mangel ersetzt, und durch nichts kann man wohl jemanden mehr binden, als wenn man selbst zuerst erfüllt hat (§. 7. II.); daher die Nothwendigkeit der Leistung (res). Darin kann auch nichts auffallendes liegen; wenigstens sollte man glauben, daß die Erfüllung von der einen Seite eben so viel Kraft besitzen könne, wie feierliche Worte, wodurch man ja selbst die Schenkung klagbar machen konnte, als sie noch unbestätigtes pactum war. Alle Innominat-Contracte deshalb müssen auch um Contracte zu seyn, Nominat-Contracten nachgebildet seyn (§. 7. I.); aber umgekehrt wird auch jeder Nominat-Contract zu einem ungenannten, wenn ihm etwas zu seinem Wesen als Contract mangelt; vorausgesetzt nur, daß dieser Mangel durch die Leistung gehoben wird; denn würde der jetzt mangelhafte Contract in eine Stipulation eingekleidet, so würde der Mangel zwar auch gehoben, aber der Contract ginge in einen Verbal-Con-

tract über, und dieser hatte ja seinen Namen. Zweifler mögen sich hievon überzeugen durch folgende Gesetze:

Paulus Lib. 5. Quaest.

L. 5. II. de praescr. verb. 19. 5.

pr. Naturalis meus filius servit tibi, et tuus mihi; convenit inter nos, ut tu meum manumittenes et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti, qua actione mihi teneris quaesitum est? In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici debet, qui in his competit specibus: Aut enim do ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias, in quibus quaeritur quae obligatio nascitur.

§. 1. Et si quidem *pecuniam dem ut rem accipiam*, emtio et venditio est; *sin autem rem do ut rem accipiam*, quia non placuit permutationem rerum emtionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut mihi reddas quod acceperis, sed ut dares mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit (*inter nos*) accipere, vel si meum recipere velim, repetitur quod datum est, quasi ob rem datam, re non secuta. Sed si Sciphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes. — Explicitus est articulus ille, *do ut des*.

§. 2. At si *do ut facias*, si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pe-

cunia data, locatio erit, sicut superiori casu emtio. Si res (scil. data sit) non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quod si tale sit factum, quod locari non possit; puta, ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti vivo servo [26]) sive finitum non fuit, et tantum temporis consumsit, ut manumitti potuerit debueritque, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi; quod his quae diximus convenit. Sed si dedi servum ut servum tuum manumitteres et manumisisti, et is, quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem [27]) Julianus scribit, si ignorans in factum civilem.

§. 3. Quod si *faciam ut des*, et postea-quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur.

§. 4. Sed si *faciam ut facias*, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti su-

---

26) d. h. wenn dieß nicht ein Zufall hinderte.

27) Denn hier wäre ja ein Betrug vorhanden; in welchem Fall die actio de dolo ja speciell begründet ist; in andern Fällen, wo sie nur generell statt finden kann, würde die actio praescr. verbis als specieller vorgehen müssen. —

mus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut in meo; ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, et tu cessas: in priorem speciem mandatum *quodammodo* intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest. Quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus, et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo quam decem; et si eandem quantitatem impenderemus nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas. Neque enim de re tua tibi mando. — Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis, praescriptis verbis dari actionem. quae actio similis erit *mandati actioni*, *quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni* (i. e. locationis actioni.)

Besonders stark spricht hier der §. 4. Paulus zweifelt nämlich, ob ein Mandat existire oder nicht. Er ist geneigt, ein Mandat anzunehmen; denn, sagt er, das Mandat kann ja die Grenzen, in die es nach der Strenge eingeschränkt ist, überschreiten, und führt einige Beispiele dafür an. Allein in demselben Augenblick fällt ihm ein, daß ein Unterschied dazwischen sey, ob durch ein pactum adjectum eine Anomalie hervorgebracht wird, die das

Wesen des Geschäfts bestehen läßt, oder ob die Anomalie in dem Contracte, der durch die neue Gestalt, die er eben durch diese Anomalie annimmt, ein negotium novum wird, selbst liege. In dem Fall nämlich, wo der Mandans sich bedingt, daß sein Mandatar ihm auch für custodia haften solle, ist ein pactum adjectum vorhanden, welches das Wesen des Mandats, welches darin besteht, daß es unentgeltlich seyn muß, nicht aufhebt; wo hingegen ausbedungen wird, daß der B. auf dem Boden des A., dieser hingegen auf des B. Grundstück bauen solle, wäre nur dann ein Mandat vorhanden, wenn sie sich gegenseitig die Kosten ersetzten [28]), wo dies nicht geschieht, ist das Mandat irregulär; deshalb setzt Paulus hinzu, er wolle lieber die actio praes. verb. geben, und zwar nach Analogie der actio mandati. Daß auf die schon geschehene Leistung des einen Theils Gewicht gelegt ist, beweiset der Umstand, daß gesagt wird, der eine Theil habe schon frei gelassen, gegeben, gebaut. —

Cajus Lib. 10. ad edict. provinciale.

L. 22. D. eod. Si tibi polienda sarsciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data aut constituta, locationis

28) Daß dieß der Zweifelsgrund war, beweisen die Worte: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Denn hier träte eine Compensation ein, — es wäre ein Mandat. —

Digitized by Google

conductionisque negotium geritur. Quod si gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constitutasit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de *novo negotio*, in factum dandum esse judicium, id est praescr. verb.

Hier ist ein Fall entschieden, wobei man [29]) drei Formen absondern muß: 1) Es ist ein Mandat, wenn der Auftrag unentgeldlich ausgeführt wird; 2) eine locatio conductio operarum ist vorhanden, wenn ein bestimmter (certa merces) Lohn versprochen oder gegeben worden; 3) es ist weder Mandat noch locatio, wenn die Sache zwar nicht unentgeldlich geschah, aber doch auch nicht in continenti ein bestimmter Lohn versprochen worden, welches letztere zur locatio unumgänglich nothwendig ist. Daher sagt Cajus, es finde, weil es ein *negotium novum* sey, eine actio praescr. verbis Statt.

§. 18.

Lücke in den Institutionen.

Daß die Innominat-Contracte in den Institutionen und im Cajus nicht enthalten, ist von gerin-

29) Glück's Commentar Bd. 13. S. 97.

Digitized by Google

gem Gewichte, wie Gans selbst gefühlt zu haben scheint, wenn er nicht etwa blos auf diesen Grund verzichtet, weil er so sehr viel Vertrauen auf seine Kraft setzte, daß er seiner nicht zu bedürfen glaubte. [30]) — Die Institutionen nämlich, geben überall ja nur Hauptsätze, die in den Pandecten weiter ausgeführt sind, um nicht mit den Pandecten eins und dasselbe zu seyn. Nun führt der Titel Quibus modis re contrahitur obligatio (3. 15.) in der Kürze die Fälle auf, wo Real-Contracte vorhanden sind. Dieß sind die Fälle, wo ich Jemand etwas leihe, oder aufzubewahren gebe, oder verpfände, (mutuum, commodatum, depositum pignus.) Von andern Contracten wird in den folgenden Titeln gehandelt. Es ist aber oben (vid. §. 7.) gezeigt, daß alle Innominat-Contracte sich Benannten anschließen, also unter keine besondere Rubrik kommen, von den Benannten aber geben, wie gesagt, die Institutionen nur die rohen Grundzüge an, können sich also auf etwas specielles, wie die Innominat-Contracte, nicht einlassen. So geben sie ja auch bei den Contracten z. B. nicht die Verpflichtungen der Contrahenten, die Grade der Culpa u. drgl. an. — Die Gründe mehrerer anderer für diesen Mangel der Institutionen hat d'Avezan [31]) angeführt.

---

30) A. a. O. S. 174.

31) Contractuum libri duo in Meermanni Thes. Tom. IV.

Digitized by Google

§. 19.

Bedeutung der res.

Wenn es Seite 174. der angeführten Schrift heißt: »Die Innominat-Contracte beginnen zum »Theil mit einem Factum, aber ein Real-Con»tract, wo der Entstehungsgrund keine res ist, »blieb, wie ich glaube, den römischen Juristen »stets ein fremder Begriff,« so möchte vor allen Dingen zu beweisen seyn, daß das Wort res nur die eine grammatische Bedeutung habe. Schon die Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen könnte hier Zweifel erregen, und auf den Gedanken bringen, ein Factum könne wohl für eine res incorporalis gelten. — Allein es ist noch ein andrer weit plausiblerer Gesichtspunct da, nämlich res für die Leistung zu nehmen. Solutio bedeutet nämlich die Bezahlung einer Schuld, das Leisten dessen, wozu man verpflichtet ist, nun ist aber bei den Innominat-Contracten vor der Leistung des einen Theils keine obligatio vorhanden, also kann auch von einer solutio nicht die Rede seyn. Statt nun des nicht passenden Ausdrucks solutio sich zu bedienen, gebraucht Justinian das Wort res, z. B. in dem oben angeführten Titel: Inst. quib. mod. re contrahitur obligatio. Denn, daß hier res die Sache, die bei dem mutuo, commodato, deposito und pignus vorkommen, bedeute, ist nicht glaublich, im Gegentheil ist es reiner Zufall, daß bei diesen Contracten eine Sache vorkommt. Bedenkt

man dazu, daß die Rubrik dieses Titels im Gegensatz zu den Ueberschriften der folgenden de verbor. oblig. (3. 16.) de literarum obligationibus (3. 22) de obligationibus ex consensu (3. 23) und de obligationib. quae quasi ex contractu nascuntur steht, so läßt sich dieser Einwurf gar nicht begründen. Denn kann man nicht beweisen, daß bei der Stipulation Worte, beim Literalcontract die Schrift bedungen wird, daß bei der emtio der Consens verkauft, bei der locatio der Consens vermiethet wird, so darf man auch nicht behaupten, daß bei den obligationibus quae re contrahuntur durchaus eine Sache (res im eigenthümlichsten Sinne) zum Grunde liegen müsse. Daß aber res diese Bedeutung habe, erhellt aus den Gesetzen selbst. Die Institutionen [32]) sagen, die obligationes maleficio entstehen ex re, und in den Pandecten [33]) werden diesen obligationibus ex re diejenigen, die nicht blos re contrahirt werden, entgegen gesetzt, mit dem Zusatz, sie bestünden schon verbis et consensu, und an einem andern Orte [34]) wird res der interrogatio entgegen gesetzt. Auch sagen die Gesetze [35]) der Empfänger eines indebiti

32) pr. J. de oblig. ex delicto (4. 1.)

33) L. 4. de obl. et act. (44. 7.)

34) L. 52. §. 8. eod.

35) §. 1. J. Quib. modo re contr. obl. conf. Caji Instit. Lib. III. §. 91.

werde re obligirt. Somit würde es also nichts ausmachen, daß bei einigen Innominat-Contracten ein Factum zum Grunde liege, denn dieses Factum wird eben dadurch eine res, daß es geleistet wird, [36]) und so wären wir nicht zu Real-Contracten gekommen, die mit den Consensual-Contracten völlig zusammen treffen. Denn durch die Leistung hört der Consensual-Contract auf, ein solcher zu seyn. Auch ist ja oben gezeigt, daß die Innominat-Contracte genannten Contracten nachgebildet sind, und daß es einerlei ist, ob sie Real- oder Consensual-Contracten nachgebildet sind.

§. 20.

Act. praescr. verb.

Bei diesen Innominat-Contracten nun findet keine Contractsklage statt, denn dadurch, daß sie keinen Namen — in den Gesetzen — haben, werden sie ja eben Innominat-Contracte. — Es heißt aber in den zum Theil schon angeführten Gesetzen [37]), es sey auch hier eine obligatio vorhanden. Dieß heißt aber mit andern Worten, es sey eine Klage zu ge-

---

36) Siehe auch L. 19. de verbor. signific. „et actum eundem generale verbum esse, sive *verbis* sive *re* agamur ut in stipulatione vel *numeratione*.“

37) S. oben §. 7. 17. und L. 1. §. 2. De rerum permutatione (19. 4.) L. 22. praes. verb. (19. 5.)

Digitized by Google

ſtatten; denn eine wirkſame obligatio ohne Klage iſt undenkbar, indem ja ein negotium erſt dann ein obligatio hervorbringt, wenn dieſe obligatio eingeklagt werden kann. Ein Zwangsrecht ohne Zwang wäre ein Unding. Allein die Innominat-Contracte ſind eigentlich keine Contracte, ſie werden es erſt dadurch, daß ein Theil leiſtet (re). Nur bei benannten Contracten aber findet eine genannte Contracts-Civilklage ſtatt. Dieſe muß aber bei unſern Innominat-Contrakten wegfallen. Eine Klage aber mußte gegeben werden, und dieſe Klage nun, ſagen die Geſetze [38]), ſey die actio praescriptis verb. [39]). Darüber wird im 5. Capitel gehandelt werden.

---

38) Tit. p. de praescr. verb. (19. 5)

39) Meister Diss. de infactum actionibus. Siehe unten Cap. 5. Die actio pr. verb. iſt aber auch Contractsklage, nur nicht eine nach dem Contract benannte Contractsklage; denn der Contract, aus dem ſie entſpringt, hat ja ſelbſt keinen Namen. Siehe unten Cap. 5. §. 28. f.

Digitized by Google

Viertes Capitel.

Ueber das jus poenitendi.

§. 21.

Einleitung.

Obgleich es mir schwer wird, mir den Vorwurf machen zu lassen, daß ich mit den bisherigen Juristen fasele [40]), so muß ich doch gestehen, daß es mir eben so schwer wird, mich von der Nichtexistenz der Innominat-Contracte sowohl, als des sie begleitenden so genannten Monstrums, des jus poenitendi, zu überzeugen. Mit welcher pedantischen Strenge die ältern Römer auf ihre Gesetze hielten, mit welcher ängstlichen Gewissenhaftigkeit selbst in späteren Zeiten, da billigere und mildere Grundsätze eintraten, dennoch die Juristen in ihrer Interpretation zu Werke giengen, wie furchtsam sie bei

40) Gans a. a. O. S. 202.

Digitized by Google

Erweiterung eines bestehenden, oder Einführung eines noch nicht vorhandenen Instituts oder Rechtsmittels verfuhren, ist bekannt [41]). — Erinnert man sich nun an die ältesten Grundsätze über Verträge, bedenkt man, daß Anfangs nur die Contracte klagbar waren, daß, wie sich wohl mit Bestimmtheit behaupten läßt, die Klagbarkeit wegfallen mußte, wenn der Contract aufhörte Contract zu seyn, daß späterhin ein solcher mangelhafter Contract seine volle Wirksamkeit wieder erhielt, wenn von Einer Seite geleistet war; daß dennoch nicht die bei dem durch das vitium aufgehobenen Contract stattfindende Contractsklage, sondern eine eigene Klage gegeben wurde, und sieht man dann die Sache nicht durch eine vergrößernde Brille an, so möchte das jus poenitendi sich wohl aufklären. Freilich wird und muß bei einer vorgefaßten Meinung, eine Sache monströs werden, zumal wenn man sich daran gewöhnt, von Gesetzen nur die erste Hälfte zu lesen, wenn die zweite nicht passen will.

Möge der Lehrer des R. R. es immer für wichtig halten, ein System zu haben, welches die möglichst größte Einheit in die Wissenschaft bringt; für einzelne Materien wird dies nicht immer Nutzen haben, kann es auch nicht: denn wer wird es sich wohl unterfangen wollen, ein Recht, welches sich während fast anderthalb Jahrtausenden gebildet

41) Man vergleiche nur das neue und ältere Erbrecht u. dergl.

Digitized by Google

hat, aus einem Prinzip abzuleiten? Fehlt aber ein solches Prinzip, so ist an ein durchaus durchgreifendes, völlige Einheit erzeugendes System nicht zu denken. So mögte es also auch wohl mißlich seyn, die Innominat-Contracte überhaupt, und insbesondere das jus poenitendi, aus den Resultaten eines aufgestellten Systems, gleichviel, ob ableiten, oder widerlegen zu wollen [42]). So wenig man im Stande seyn mögte, die usu capio mit ihren Arten aus dem System der bonae fidei — stricti juris negotiorum, oder dem hergebrachten auf den Institutionen beruhenden System abzuleiten, obgleich doch die usu capio allerdings Obligationen erzeugt, so wenig wird sich das Römische Contractssystem daraus ableiten lassen. Das einzige, was auf diese Weise geschehen könnte, mögte das seyn, daß man einzelne Materien in sich systematisch ordne: und dann versuche, ob sich ein Prinzip auffinden lasse, welches durch diesen einzelen Theil des Rechtes herrsche. Dieß bei einzelen Materien versucht, möchte gute Dienste leisten; im Ganzen ist es unmöglich.

Das Prinzip, nach welchem im Römischen Rechte die Verträge zu beurtheilen sind, möchte etwa dieß seyn: „Wer Rechte hat, muß zugleich das Recht haben, über diese seine Rechte zu verfügen [43]). Für

---

42) Weiter kann uns hier natürlich das Gansche System nicht interessiren.

43) Die Einschränkungen dieses Satzes, die aus andern Grundsätzen entstehen, z. B. daß nur der

die Verbindlichkeit der Verträge giebt es keines, diese ist ein Product reiner legislativer Willkühr.«

Räsonnirt man nun aus diesem Prinzip, so ergiebt sich auf eine höchst natürliche Weise der Schluß: Ueber die Rechte, die Du hast, kannst Du frei verfügen; aber so wenig Dich Jemand zwingen kann, darüber zu verfügen, so wenig kannst Du andere zwingen, über die ihrigen zu verfügen, wie es Dir gefällt. — Verspricht Dir Jemand über sein Recht zu verfügen, so gewinnst Du (um mit Kant zu reden), sein Versprechen, wenn Du aber hinterdrein findest, daß es Dir nichts nützt, so kann Dir freilich nicht geholfen werden. Solltest Du aber so glücklich seyn, mit dem Versprechen zugleich das Versprochene zu erhaschen, so halt es fest; denn nun wird der Besitzer geschützt. —

Allein es giebt gewisse Formen, die vom Staate dazu bestimmt sind, den, der etwas verspricht, zu binden, dieß versprechen zu erfüllen. (Römische Stipulation, Manzipation, Canonischer Eid). Sobald Jemand Dir in einer solchen Form etwas gelobt, so soll Dir der Staat, dessen Formen nicht verletzt werden dürfen, Hülfe gewähren, und Dir zu den, aus dem, in dieser (Civil-) Form geschehenen Versprechen, erwachsenden Ansprüchen verhelfen.

über ein Recht verfügen könne, der einen Willen habe u. s. w. gehören nicht hieher.

Digitized by Google

Dieß ist die unverkennbare Grundidee des R. R. Wie nun nachher die Nothwendigkeit dieß Prinzip zu einem System ausgebildet, wie neben den feierlich eingegangenen Verträgen [44]) noch die Consensual-Contracte eingeführt sind, wie durch die Prätoren gewisse Verträge, wegen der ihnen beiwohnenden Billigkeit, für vollgültig erkärt sind, und wie nach diesem Muster die Interpretation und spätere Gesetzgebung noch mehrere Verträge heraushob, ist bereits oben gezeigt worden. — Doch auch dieß ist nicht zureichend: Man fuhr also fort: wenn aber der Staat in einem oder dem andern Falle diese (feierliche) Form erläßt, so liegt in diesem Erlassen implicite zugleich die Vorschrift, daß das Versprechen in diesem Falle auch ohne alle Form binden solle; denn der Staat hat das Recht für bindend zu erklären, wo die Nothwendigkeit es erheischt; denn der Staat ist ein auf gegenseitiges Interesse gegründeter Verein, und die einzelen müssen ihres eigenen Besten willen sich dem von ihnen selbst geschaffenen Zwang unterwerfen [45]). —

44) Denn die Real-Contracte enthalten ja die Form, d. h. die Leistung.

45) Wenn man behauptet, der Staat beruhe auf einem Vertrage, so ist zu beweisen, daß außerhalb des Staats (also ohne Zwangsmittel, wenigstens wenn physische Gewalt nicht reicht), Verträge bindend sind. Sind sie dieß nicht, so kann ein solcher außerhalb des Staats eingegangener Vertrag (denn vor geschlossenem Staatsgrundvertrage existirte der Staat nicht) auch im Staate nicht binden.

Digitized by Google

So kann die Politik, so kann die Nothwendigkeit im Staate Verträge für verbindlich erklären, und die Glieder dieses Staats unterwerfen sich dieser (willkührlichen) Sanktion, nicht weil sie sich durch einen Grundvertrag anheischig dazu gemacht haben: sondern weil sie das Bedürfniß fühlen. Wenn nun der Staat in gewissen besondern Fällen Hülfe verspricht, und diese Fälle — sey es namentlich einzeln, oder unter gewisse Rubriken gebracht — besonders aufzählt, so schließt er dadurch zugleich alle andere Fälle aus. Dieß heißt aber keineswegs, der Staat verbietet es euch in andern Fällen, Euer Versprechen zu halten, sondern er überläßt es euch, und versagt Euch nur seinen Beistand.

Verlassen wir jetzt dieß, aus dem Gange des Röm. Systems über Verträge abstrahirte Raisonnement, und betrachten wir dessen Gang selbst: hier kann ich nun größentheils auf das in der Einleitung (§. 1. ff.) gesagte verweisen, und brauche jetzt nur die Anwendung davon in einem bisher versparten Nachtrage zu geben.

§. 22.

Begründung des Jus poenitendi.

Es ist oben gezeigt worden, daß das R. R. gewisse Verträge für klagbar erklärte, selbst wenn außer dem ernstlich gemeinten Consens nichts weiter hinzutrat; daß es bei andern forderte, die Lei-

stung (res) müsse hinzutreten [46]), und daß es endlich den Satz aufstellte, daß die Leistung selbst ein dem Contract anklebendes formelles vitium purgiren könne, und daß diese dann entstehenden negotia nova, so fern für sie jure civili appellationes nullae proditae sind, die jetzt sogenannten Innominat-Contracte sind. Wird damit nun das so eben aufgestellte Prinzip zusammengehalten, und vergegenwärtigt man sich zugleich die Hauptgründe der Erweiterung und Einschränkung des Römischen Contractssystems, so erhält man folgendes Resultat: wenn der Staat das Recht hat (und wie wollte man es anfangen, etwas positives weg zu philosophiren?) gewisse Verträge für verbindlich (contractus, und die vielleicht etwas gesucht jetzt sogenannten pacta vestita) zu erklären, andern hingegen keine volle Verbindlichkeit beizulegen, so kann man in diesem Staat auch nur aus den für verbindlich erklärten Verträgen erwerben. Alle andere existiren civiliter nicht. — Gebot das Civilrecht (dieß Wort kann ich jetzt, da auf das subjective so viel nicht mehr ankommt, gebrauchen) gewisse Formen, so müssen diese Formen beobachtet werden. Selbst Analogie muß da ausgeschlossen bleiben, wo besondere Fälle speziell unterschieden sind; es müßte denn nachzuweisen seyn, daß die einzeln genannten

46) Und so die vier genannten Real-Contracte begründete.

Fälle nur Beispielsweise angeführt wären. — Eben so verhält es sich dann in den Fällen, wo das Civilrecht diese Formen erließ. Steht dieß einmal fest, so können wir nun in unserer Untersuchung weiter gehen. Hier ist dann die erste Frage: was veranlaßte jene Formen, und was veranlaßte es, daß diese Formen in einzelnen Fällen erlassen wurden?

Es mögte wohl nicht gewagt scheinen, zur Erklärung der Rechte eines bestimmten Volkes auch auf den Charakter dieses Volkes Rücksicht zu nehmen; zumal bei einem Rechte, welches, wie das Römische, so sehr aus dem Leben gegriffen, und so sehr nach den Bedürfnissen gebildet ist. — Ein Hauptzug in dem Römischen Charakter war, wie die politische Geschichte derselben zeigt, eine gewisse Raschheit, gepaart mit einem nicht ganz niedern Grade von gutmüthiger Lenksamkeit. Dieser Charakter, der sich in der politischen Geschichte des Römischen Volkes nicht selten zeigt, mochte vielleicht keinen geringen Einfluß auf ihre Privatverhältnisse haben. Ein solcher Charakter, liebenswürdig wie er von der einen Seite erscheinen mag, muß viele Nachtheile auf die Privatverhältnisse haben, indem er den weniger listigen und ränkevollen Bürger häufig den Kunstgriffen des verschmitztern Preis giebt. Daraus erklärt sich nun die ängstliche Sorge der Römischen Gesetzgebung, namentlich in Hinsicht der Contracte. Um den Wirkungen dieses raschen, gutmüthigen Sinnes vorzubeugen, um zu verhindern, daß der Familienvater sich durch unüberlegte Ver-

Digitized by Google

äußerungen schaden mögte; wurden die Verträge in so enge Gränzen eingeschlossen, wurden Formen festgesetzt, die bewirken mußten, daß der Contrahent sowohl durch eigene Muße, als durch die größere Möglichkeit fremder Warnungen zum Nachdenken gebracht wurde, und nur das größere Bedürfniß führte es am Ende herbei, daß man bei gewissen Contracten diese Formen erließ, die ihrem Wesen widersprachen. Aber auch hierbei gieng man mit der größten Behutsamkeit zu Werke. — Denn wenn man auf einer Seite das Contrahiren durch die Entbindung von aller Form erleichterte, so erschwerte man es auf der andern Seite dadurch, daß man diesen Verträgen gewisse Gränzen setzte. Daraus läßt sich nun auch z. B. erklären, warum das R. R. so manche Verträge unterschied, die in der Hauptsache indentisch sind, wie z. B. das commodatum, mutuum depositum, precarium, die habitatio, locatio (rei), das mandatum, die locatio operarum. Immer aber sieht man, daß es mit der Erweiterung des Contract-Systems nur schrittweise gieng. — Gewiß war z. B. vor der Erhebung der locatio zum Contract, ein Mandat, welches nicht unentgeldlich geschah, ein pactum nudum, wenn nicht eine feierliche Form es zu einem andern Contract machte. Dasselbe Verhältniß ließe sich zwischen andern Contracten annehmen, wie z. B. dem Commodatum und depositum. — Dieß alles beurkundet die außerordentliche Vorsichtigkeit, die die Römischen Juristen bei der Begründung ihrer

Contracte annahmen. Ja, man kann noch mehr behaupten: Wo sie das Contractsystem erweiterten, war es ja noch immer möglich, daß sie etwas im Hinterhalte behielten. — Nämlich dieß: Selbst bei den bloßen Consensualcontracten konnten nicht alle Formen fehlen; wenigstens mußten immer Zeugen concurriren, wenn eine Partei den Beweis führen wollte: denn sonst konnte ja Niemand den andern verhindern seinen Consens zurückzunehmen, indem er immer von dem Gegentheil verlangen konnte, er solle denselben beweisen. Konnte er dieß nicht, so galt das Nein von der einen Seite natürlich ebenso viel, wie das Ja von der andern. Und die mannigfaltigen kleinern Nebenbestimmungen, die wir bei den Röm. Verträgen über Prästation des dolus, der verschiedenen Grade der culpa, der Eviction, Redhibition u. s. w. finden, waren wohl nichts als Clauseln, wodurch der Betrüger zurückgehalten werden sollte, den Einfältigern zu hintergehen.

Wir sind jetzt unserm eigentlichen Zwecke näher gekommen. Wir haben gesehen, daß den Römern das übereilte Contrahiren zuwider war, und daß sie eben deshalb mit so großer Strenge an ihrem alten System hingen; daß die Nothwendigkeit sie aber doch zwang, gewisse Verträge leichter zu behandeln, daß aber eben jene Strenge sie bewog, doch noch einen Unterschied zwischen den Consensual- und Real-Contracten zu machen. Wir sahen nämlich, daß die täglich vorkommenden und sogar ins

Kleine gehenden Verträge schon durch den bloßen Consens gültig wurden, daß die bedeutendern und weniger dringenden Verträge aber erst durch die einseitige Leistung gültig wurden. Was bei diesen letzten noch merkwürdig bleibt, ist, daß die vier Real-Contracte sämtlich solche sind, bei denen nur ein Theil (principaliter) verpflichtet wird, und daß bei allen die Hauptverbindlichkeit desselben in einer Rückgabe besteht. — Auch darin ist wieder die oben berührte ängstliche Politik unverkennbar. War nun ja der Leistende verletzt, und zwar so, daß er diese Verletzung nicht geltend machen konnte, so mußte er natürlich die Verletzung weniger fühlen, wenn ihm doch am Ende das Seine zurückgegeben wurde. Dieß nun ist, nach meiner Meinung, die Grundlage des jus poenitendi bei den Innominat-Contracten.

Die Innominat-Contracte (§. 7.) sind, wie oben gezeigt worden ist, mangelhafte Nominat-Contracte, also keine Contracte. Der bloße Consens kann keinen Vertrag gültig machen, also auch diese pacta nuda nicht. Dagegen trat nachher, wie oben ebenfalls hinlänglich gezeigt wurde (§. 7. II.) später der Grundsatz ein, die Leistung von der einen Seite, hebe den dem Contract anklebenden Mangel, mache ihn also zu einem Contract. Aber damit war ebenfalls wenig gewonnen; denn wenn auch mancher Mensch anstehen möchte, sogleich zu leisten, während er außerordentlich leicht seinen Consens giebt, so lehrt doch noch heute die tägliche

Erfahrung, daß mancher rasch und feurig genug ist, da zu leisten, wo er seinen Consens giebt, wenn er das zu Leistende gerade bei der Hand hat. Dieß mußte sich natürlich den scharfsinnigen Römischen Juristen eben so bald zeigen, wie jene Mißlichkeit mit dem Consens. Diesem Mangel abzuhelfen, sah man nun nach der Quelle der sogenannten Innominat-Real-Contracte, die keine andere war, als die vier genannten Real-Contracte. Hier fiel nun sogleich der Umstand in die Augen, daß nur der Empfänger — nämlich zur Rückgabe — verpflichtet wird [47]), und daß der andere wegen des daraus für ihn entspringenden Nachtheils, — wenigstens wenn nicht besondere Umstände eintreten, — in der Rückgabe zum Theil Entschädigung erhält. Da nun die ungenannten Real-Contracte nach dem Muster der genannten gebildet waren, so wandte man diese, bei diesen Statt findenden Grundsätze, auf jene an, und stellte den Grundsatz auf: Da bei Real-Contracten nur der Empfänger verpflichtet wird, der andere aber durch die Leistung seine Pflicht schon erfüllt hat; da überdieß das Wesen der genannten Real-Contracte es mit sich bringt, daß hier eine

47) Denn die Hauptverpflichtung des andern hörte mit der geschehenen Leistung auf. Was er sonst etwa zu leisten hat, sind accessoria. Davon müssen wir natürlich in abstracto ganz absehn, daß durch pacta adjecta Verbindlichkeiten begründet werden können.

Rückgabe statt findet, und da endlich nach dem Naturrechte (d. h. hier nach der aus der Natur der Sache räsonnirenden Vernunft) jedem frei steht, einem Vertrag zu erfüllen, oder nicht [48]), so kann auch die hinzugekommene Leistung ihn nicht stärker binden, als sein Consens gethan haben würde. Den andern aber bindet diese Leistung deshalb, weil die Annahme desselben den Leistenden, der nun. eine Sache — oder was hier gleich ist — ein factum aus seinem Vermögen hergab, in Schaden bringen, und selbst wo dieß nicht wäre, widerrechtlich verletzen würde, indem ja seine Leistung nur bedingt war. Er kann also von dem Vertrage abgehen, und die geleistete Sache, so fern sie noch existirt [49]), zurückfordern [50]). Dieser Erklärung nun scheint die Regel pact. nud. parit except. entgegen zu stehen. Es kommt hier zunächst auf eine richtige Bestimmung der Regel pacta nuda parunt except. an. Schon Noodt [51]) behauptet, diese Regel könne nur

---

48) Und an dieß Naturrecht hielt sich das N. R. mit der größten Strenge. S. auch Schmalz reines Naturrecht §. 118.

49) Denn, hatte er sie bona fide consumirt, so trat der Grundsatz ein: impossibilium nulla datur obligatio.

50) Cajus Inst. Lib. III. §. 91 sagt: Is quoque qui non debitum accepit — — — — re obligatur, *nam proinde ei condici potest.* cf. §. 1. I. Quib. mod. Re contr. obl. (3. 15.)

51) Noodt de pactis et transact. cap. VI.

Digitized by Google

nur vom pacto de non petendo gelten, und in der That scheint diese Meinung viel für sich zu haben. Abgesehen, auch davon, daß L. 45. de pactis absolut sagt: ein pactum nulli prodest, so sprechen doch alle Gesetze [52]) worin der Regel Erwähnung geschieht, nur vom pacto de non petendo. — L. 10. C. eod. sagt, eine der Uebergabe der dos hinzugefügte Bedingung (lex) müsse gehalten werden, weil es kein pactum nud. sepe. Muß denn ein pactum nicht gehalten werden, wenn eine exceptio die Klage vernichtet? Zwar sagen die Gesetze nicht ausdrücklich, dieß solle nur bei diesem Vertrage der Fall seyn, aber wie vieles müssen wir durch Schlüsse aus den Gesetzen herausbringen! Auch ist das Bestreben der Römer, die Prozesse zu vermindern, ja bekannt genug; aber die Sache hat auch civilistisch viel für sich. Ein non petere kann ja nur durch ein non petere erfüllt werden, also durch die Unterlassung, hier ist also die Möglichkeit des Innominat-Contracts eines facio ut (etwa des) ausgeschlossen. Auf der andern Seite kann es recht wohl ein do ut facias (nämlich ne facias ne petas) seyn. Aber der politische Grund war die Hauptsache, wie die Lehre von der transactio zeigt. Ja, diese Ansicht hellt gerade zu den

52) L. 3. §. 11. L. 27. §. 2. 6. 7. 8. 15. L. 41. D. L. 10. C. De pactis. Auch Cajus Lib. IV. §. 116. 119. 126. — cf. § 3. I. De exceptionib. (4. 13.) pr. J. de replicat. (4. 14.)

Punct auf, den man zwar bisher von der politischen Seite aufgefaßt hat, wo man aber immer eine Anomalie behielt, nämlich die Frage: warum, während bei allen Innominat-Contracten Pönitenz eintritt, sie hier wegfalle? Die Antwort ist nun einfach diese: weil die Condictio bei einem pacto de non petendo durch eine exceptio pacti entkräftet wird. Der Satz kann auch nur so einen vernünftigen Sinn haben; was kann es denn heissen sollen, ich habe eine Exceptio aus einem pacto? Etwa, wenn ich aus dem pacto geleistet habe, und der andere weigert die Gegenleistung, so habe ich — Was denn? eine Klage habe ich nicht, will er nicht gegenleisten, so kann er es ruhig seinen Gang gehen lassen, er wird nicht klagen, ich kann nicht: wozu die Exceptio? Oder heißt es, wenn ich meine Verbindlichkeit aus dem pacto nudo erfüllt habe, und sie zurückfordern will, so steht mir eine Exceptio entgegen? Dieser Satz wäre falsch, denn hier habe ich entweder eine Klage, wenn es nämlich ein Innominat-Contract ist, oder es war kein Innominat-Contract, und die Regel kam nicht zur Anwendung; also nur negativ gestellt, hat die Regel einen Sinn, und hier ist der mögliche Fall ein pactum de non petendo. Zwar ließe sich behaupten, es beziehe sich diese Regel auf die Möglichkeit der Compensation. Allein sollte eine bloße Supposition eine Regel begründen können? und Compensation setzt doch immer eine Gegenforderung voraus, die man doch selten wird annehmen können.

Wo nun in dieser Theorie das Monströse liegt, ist nicht leicht abzusehen. Ehe ich jedoch fortfahre, muß ich noch einen Punkt in der Kürze berühren.

Es muß nämlich in die Augen fallen, daß bei dem facio ut facias und facio ut des oft [53]) keine poenitentia eintreten kann. Dieß hat nun Manche [54]) bewogen, zu behaupten, es gebe eigentlich nur zwei Arten der Innominat-Contracte, nämlich do ut des und do ut facias. Allein ich glaube nicht, daß dieß richtig ist, denn dieser Umstand, daß man bei einem pacto nicht pönitiren kann, ist etwas rein zufälliges; gerade so, wie es zufällig ist, wenn es wegen eines Untergangs der geleisteten Sache, oder wegen einer bona fide geschehenen Consumtion unmöglich ist, dieselbe zurückzufordern; bei der Ausbildung eines Instituts kann natürlich im Anfange nicht auf alle Zufälligkeiten gesehen werden, und noch viel weniger wird man ein ganzes Institut umstoßen, wenn sich nachher solche Zufälligkeiten ergeben. Daß bei dem reinen facio ut des und facio ut facias keine Pönitenz eintrat,

---

53) Denn oft wird es möglich seyn, z. B. wo das facere in einem reddere bestand. L. 175. de V. S.

54) S. Reichhelm Versuch eines Beweises, daß die Römer eigentlich nur zwei Arten der Innominat-Contracte kannten.

lag blos darin, daß sie nicht eintreten konnte, weil das Zurückzufordernde nicht mehr existirte, also die Regel eintreten mußte: etwas Unmögliches kann nicht verlangt werden. Das einzige, was sich mit Wahrscheinlichkeit möchte behaupten lassen, ist, daß vielleicht ursprünglich blos diejenigen mangelhaften Contracte durch die Leistung zu einem (ungenannten) Contracte gemacht wurden, bei denen ein Geben statt fand, wenn man nämlich annimmt, daß das jus poenitendi den Charakter dieser Contracte ausmachte [55]). Wenn dieß aber fest stand, so war die analogische Ausdehnung auf facta gewiß nicht unnatürlich, und ein zufälliger Umstand konnte leicht übersehen werden. Doch diese Frage liegt eigentlich außer unserem Zweck; dieß wenige wird deßhalb genügen.

Was zuerst die Zurückforderung wegen der Nichtleistung anbetrifft, so geht uns dieselbe hier eigentlich nichts an, da sie umfassender ist, und durchaus nicht den Innominat-Contracten allein angehört. Was uns etwa anginge, muß ich bis auf das folgende Capitel, wo von den eintretenden

55) Hiefür spricht auch der Umstand, daß man die Leistung durch das Wort res bezeichnete. Auch die Analogie des Kaufes läßt sich hier anführen; wo ja erst nach Bezahlung des Kaufpreises (der Gegenleistung), der das Creditiren gleich gelten muß, das Eigenthum auf den Käufer übergeht; doch kann res wohl ein Factum begreifen, z. B. res merae facultatis.

Digitized by Google

Rechtsmitteln die Rede ist, versparen. Uns interessirt hier nur die Rückforderung ob meram poenitentiam. Wie dieselbe begründet, ist hinlänglich gezeigt, ich kann daher jetzt zur Darstellung des Wesens übergehen.

§. 23.

Beschaffenheit des jus poenitendi.

Es ist eine gewöhnliche Behauptung [56]), das jus poenitendi finde nur bei den Innominat-Contracten, und bei 3 genannten Contracten statt. Allein bei dem letztern kann durchaus von keiner Pönitenz die Rede seyn, denn

1) Ist hier zwar eine einseitige Aufhebung des Contracts statthaft, diese verdient aber auf keinen Fall den Namen der Pönitenz, da man vielmehr sagen muß, es liegt in der Natur dieser Verträge, daß man sie willkührlich aufheben kann. Es ist bei ihnen, wie bei den Innominat-Contracten nur auf der Seite des einen Contrahenten (des Mandatars, Depositars) eine Hauptverbindlichkeit. Bei der Societät sind beide Contrahenten in pari causa, allein sie sind zugleich als gegenseitige Mandataren anzusehen, weshalb auch die Grundsätze vom Man-

56) Cocceji Diss. de jure poenitendi in contractibus. Sectio III. §. 2 — 15. Glücks Comm. Bd. 4. §. 310. Seite 291.

dat hier angewandt werden müssen. Auch sind hier die Repetenten gerade die einzigen, die Gewinn von dem Contract haben, der Mandatar, Depositar hat nur Mühe und Lasten zu tragen; die einseitige Aufhebung des Contracts ist also eine bloße Entsagung, aber keine Pönitenz.

2) Auch kann von einer repetitio ob poenitentiam gar nicht die Rede seyn, denn es wird durch das Aufheben des Contractes nur einer künftigen Leistung, die der Aufhebende von dem andern zu erwarten hat, entsagt, die repetitio ob poenitentiam aber in dem Sinn, wie sie bei den Innominat-Contracten statt findet, ist Rückforderung einer Leistung, die der Repetent schon vollzogen hat, also eine wahre Reue, daher eine Rückforderung einer schon übergebenen Sache. Hiernach findet also das jus poenitendi blos bei den ungenannten Contracten statt, und besteht darin, daß derjenige Contrahent, der schon geleistet hat, jederzeit, bis der andere gegengeleistet, das Geleistete, wegen der bloßen Pönitenz, zurückfordern kann. Diese Pönitenz mußte dann auch natürlich die actio praescriptis verbis, so wie diese, jene aufheben. Daß bei dem facio ut des, ut facias keine Pönitenz eintreten könne, muß sich von selbst verstehen, denn repetiren läßt sich nur dasjenige, was existirt, ein Factum aber hört auf zu existiren, so bald es geschehen ist; es möchte denn seyn, daß es in einem reddere bestünde; denn hier ist gewissermaßen ein dare mit dem facere zugleich vor-

handen, nur versteht sich, daß das reddere schon an sich begründet seyn muß; denn hätte ich z. B. Jemanden eine Sache verkauft, und ginge diese in sein Eigenthum über, bedinge ich mir aber nachher, er solle mir diese Sache gegen eine andere zurückgeben, so ist dies ein reiner Tausch, ein reines do ut des, denn der frühere Kauf kann hier nichts mehr releviren. Ein anderes ist es, wenn ich jemand eine Sache mit dem Beding gebe, daß er sie mir in specie zurückerstatte, wie beim precario, oder wenn ich mir bedinge, er solle mir gegen eine Leistung, eine Sache, die er mir doch zurückgeben muß, früher zurückgeben; denn in diesem Fall enthält das reddere ein reines facere, und es concurrirt das dare nur insofern, als ich eine Sache empfange. Aber wenn wir auch die Natur der Sache nicht schon hätten, so haben wir ein klares Gesetz [57]), welches sagt, beim facere ut des finde keine condictio statt; denn daß die actio praescriptis verbis hier wegfalle, konnte Paulus nicht sagen wollen, da es sowohl aus dem facio ut facias, als auch aus dem do ut facias eine actio praescriptis verbis giebt, da überdieß in den Gesetzen der contractus suffragii [58]) für klagbar erklärt ist, der doch bald do ut facias, bald facio ut des ist, worauf in den Gesetzen auch namentlich

57) L. 5. §. 3. de praescr. verb. (19. 5.)

58) L. un. C. de suffragio. (43)

Rücksicht genommen wird. Klarer beweißt dieß noch der Ausspruch der Kaiser Diocletian und Maximilian, welche selbst in einem Fall, wo von einer Manumission die Rede war, reseribirten, die libertas könne nicht repetirt werden, es finde daher nur die actio de dolo statt [59]). Der Grund dieser Verordnung ist die Unmöglichkeit der Repetition. Warum nicht auf Erfüllung des Contracts geklagt werden können solle, ist wenigstens nicht abzusehen, da die Leistung eines facti den Mitcontrahenten doch wohl eben so stark binden muß, wenn es ein dare bedingt, als wenn ein facere der Gegenstand der Gegenleistung ist. Auch wurde von den Römern das facere unter die Entstehungsgründe der persönlichen Klagen gerechnet.

Aber nur so lange, als die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, kann pönitirt werden; denn erfolgte diese, so hört der Contract natürlich auf, und die Contrahenten treten aus allem Verhältnisse, wenn nicht ein neuer Umstand (dolus, evictio und dergleichen) eintritt, und auch dann kann man nicht sagen, dieser Umstand erhalte das Contracts-Verhältniß zwischen den Contrahenten, sondern er begründet ein ganz neues, von diesem verschiedenes, Verhältniß. Diese Pönitenz nun haben bisher alle Juristen in folgenden Gesetzen gefunden. L. 5. de

59) L. 4. C. de dolo malo. (2. 21.)

condictione caus. dat. c. n. s. (12. 4.) L. 8. C. de R. permut. (verbis sicut postulas (4. 64.) L. 7. de pactis (2. 14.)*) Diese Gesetze sagen sämmtlich, derjenige, der schon geleistet hat, könne pönitiren. Von dem Gegner ist nicht die Rede, es ist also klar, daß dieser nicht die Freiheit zu pönitiren habe. Außerdem kommt noch manchmal in den Gesetzen bei der Gestattung der actio praescriptis verbis der Zusatz vor: nisi poeniteat.

§. 24.

Rechtfertigung dieser Theorie gegen Gans.

Wer die Innominat-Contracte überhaupt läugnet, der muß natürlich auch das jus poenitendi leugnen, und das ist denn auch mit Gans der Fall. Nachdem er eine Weile stattlich geschimpft, versucht er nämlich die Gesetze, auf die man bisher das jus poenitendi gegründet hat, anders zu erklären, und so das ganze Institut wegzudisputiren, und erschafft sich, kein Monstrum anzuerkennen, einen Zwitter. Daß, und warum die donatio sub modo kein Innominat-Contract sey, ist oben (§. 12) bereits gezeigt worden. Nehmen wir nun auch einmal an, bei den Innominat-Contracten concurrirten zwei Obligationen, und aus diesen zwei Obligationen entsprängen zwei Klagen, von denen die Anstellung der einen die andere aufhebt, so ist noch

*) L. 7. pr. verb. L. ult. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

nicht einzusehen, was dieß mit dem jus poenitendi (Rückforderung wegen bloßer Sinnesänderung) zu thun hat. Denn die Rückforderung wegen der Nichterfüllung der obligatio ob causam dati; ist keine Pönitenz. Doch von der condictio causa data wird unten noch die Rede seyn.

Die Erklärung, die Gans von der L. 3. §. 2. 3. de condictione causa data non secut. giebt, ist in der Kürze folgende: die Rückforderung durch die condictio c. d. c. n. s. könne erst eintreten, wenn der andere durch seine Schuld den Contract nicht erfülle. Indessen könne sie auch eintreten, wenn er ohne seine Schuld verhindert worden, zu leisten, wenn er durch das Empfangene gewinnen sollte. Die L. 3. §. 3. spricht nun freilich von einem ganz andern Falle. Ulpian sagt nämlich: wenn ich jemanden etwas gebe, damit er seinen Sclaven frei lasse, und dieser Sclave flieht vor der Freilassung, so kann ich das Gegebene nicht repetiren; bestände ich aber darauf, er solle ihn jetzt manumittiren, und er weigere sich, weil er über seine Flucht erzürnt sey, so habe ich das Recht, das Gegebene zu condiziren. Hier ist blos von der condictio ob causam datam die Rede, und man muß durchaus die Sache so construiren. Floh der Sklave, so ist er ja jetzt aus der Gewalt desjenigen, der versprochen hatte, ihn zu manumittiren, er ist also in Hinsicht auf diesen frei; für diesen ist die Freilassung unmöglich, also kann ich nicht mehr verlangen, daß

er ihn frei lasse. Meine Leistung hat er aber einmal, und braucht sie schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu restituiren [61]). Auch hatte ich hier gewissermaßen dem andern den Sklaven abgekauft; nach Analogie des Kaufs- mußte ich also auch die Gefahr tragen. Jedoch kann dieß nur dann der Fall seyn, wenn er darthun kann, daß ihm aus meinem Auftrag Schaden erwachsen sey, wie z. B. wenn er im Begriff war, den Sklaven zu verkaufen; und ich ihn durch den Auftrag gehindert habe. Denn sonst würde er sich mit meinem Schaden bereichern, weshalb auch das Gesetz hinzusetzt: quod si distracturus non erat eum, opportet id, quod accepit restitui etc. Eben so kann ihm die manumissio keinen Schaden bringen, da er den Sklaven doch nicht mehr hat, und selbst, wenn er ihn noch hätte, verbunden wäre, ihn frei zu lassen, weshalb ich condiziren kann, wenn er sich weigert, den Sklaven jetzt frei zu lassen. Es ist in diesem Gesetz so wenig als in dem folgenden §. von der condictio ob poenitentiam, sondern lediglich von der Rückforderung wegen schuldloser Nichterfüllung die Rede, und wird darin gesagt, wegen schuldloser Nichterfüllung des Vertrags braucht er das Empfangene nicht zu restituiren, außer wenn er sich auf Verlangen weigere, das zu leisten, was

61) L. 32. §. 1. locati (19. 2.) L. 1. §. 3. de extraord. cognit. (50. 13.) Thibaut System §. 175.

ihm noch möglich ist; dieß folgt aber aus den allgemeinen Grundsätzen über den Zufall, und nicht aus dem haben sine causa, eben so wenig wie der Nachsatz, daß er auch dann restituiren müsse, wenn ihm der Sklave untergegangen ist, das heißt, wenn ich das periculum nicht zu tragen hatte. Aber auf keinen Fall kann diese Stelle etwas gegen das jus poenitendi beweisen, und L. 3. §. 23. unsere Hauptstelle, auf die ich jetzt zurückkomme, enthält, von dem, was Gans davon findet, nichts. Der §. 2. sagt nämlich: wenn ich dir etwas gebe, daß du manumittiren sollst, so kann ich das gegebene condiziren, wenn du es nicht thust; das wäre die condictio c. d. c. n. s. wegen schuldvoller Nichterfüllung; aber auch aus einem andern Grunde kann ich es condiziren, nämlich si me poenituit. Der §. 3. sagt, wenn eine Zeit zur Erfüllung bestimmt ist, so kann ich vor deren Verlauf nicht repetiren, es möchte denn seyn, daß ich der bloßen Sinnesänderung wegen (nisi poeniteat) condiziren, also die Zeit nicht abwarten, wollte.

Man vermißt in Gans Auslegung dieses Gesetzes eine Erklärung der doppelten Rückforderung, und eine Erläuterung der Worte: aut si me poeniteat, und nisi poeniteat. Denn wie diese Worte bedeuten können: wenn du sine causa zu haben anfängst, kann ich wenigstens nicht einsehn.

Die L. 5. §. 2. de praescriptis verbis bereitet nur noch die folgenden §. §. desselben Gesetzes vor; es ist also auf die Worte desselben kein Ge-

Digitized by Google

wicht zu legen, da er nichts, weder für noch wider diese Theorie, enthält.

Wenn die Gesetze allein in Hinsicht auf das Freilassen der Sklaven vom jus poenitendi redeten, so könnte man hier eine singularitas aus der besondern Begünstigung der Freiheit bei den Römern herleiten. Aber die ganze Pönitenz aus der Constitution des Kaisers Markus Aurelius herzuleiten, möchte doch wohl etwas mißlich seyn. Ganz meint nämlich die condictio ob poenit., die in L. 3. §. 2. 3. de cond. caus. dat. gestattet wird, sey aus der Constitution des Markus Aurelius abzuleiten, welcher verordnete: Wenn Jemand einen Sklaven unter der Bedingung verkaufe, daß der Käufer ihn in einer bestimmten Zeit manumittiren solle, und nun dieser die Frist vorübergehen ließ, ohne den Willen des Verkäufers zu erfüllen, so soll der Sklave ipso jure frei seyn. Dazu macht Paulus [62]) die Bemerkung, daß dasselbe eintreten müsse, wenn jemand einem andern seinen Sklaven so abkaufe, daß derselbe die Freiheit erhalten solle. Andere Gesetze [63]), die sich ebenfalls zum Theil ausdrücklich auf Mark. Aurels Verordnung beziehen, setzen dann hinzu: Si nondum poeniteat eum, qui in hoc dedit, oder: perseverante ven-

62) L. 30. §. 1. 2. 3. de liberali caus. (40. 12.)

63) L. 5. §. 1. de cond. caus. dat. (12. 4.) L. 3. qui sine manum (40. 8.) L. 3. de servo exportato (18. 7.)

Digitized by Google

ditore in eadem voluntate, oder: si is, qui vendidit in eadem voluntate perseveret.

Dieß solle nun nach Gans heißen, wenn derjenige, der Geld gab, nicht anderes Sinnes geworden sey, und nicht lieber den ganzen Contract aufheben wolle. Der Grund dieser ungeheuern Anomalie soll darin liegen, daß derjenige, der Geld gab, bloßer Mandans war, also den Contract einseitig aufheben könne. Allein was zuerst die Hauptvorschrift des Div. Marci betrifft, so kann doch darin durchaus kein Mandat enthalten seyn; denn es wird vorausgesetzt, daß der Verkäufer sich die Freilassung eines verkauften Sklaven bedungen hatte. Hier war also ein Kauf unter einer Bedingung (oder vielmehr unter einem modus) geschlossen. Das Freiwerden ipso jure aber war eine Begünstigung der Freiheit, wie Paulus in dem angeführten Gesetz selbst sagt. Aber zu einer so ausschweifenden Verordnung konnte die Begünstigung der Freiheit den Kaiser nie führen, daß er die bekannten Grundsätze von der Verbindlichkeit der Consensual-Verträge hätte umstoßen sollen. Einen Kauf der bloßen Sinnesänderung wegen aufzuheben, dies wäre doch auf jeden Fall höchst unjuristisch gewesen. Höchst natürlich aber ist die Sache, wenn man sie auf die einzig richtige Weise so construirt:

Wie sehr die Römer, besonders in spätern Zeiten, wo die Verachtung eines Freigelassenen nicht mehr so statt fand, wie früher, die Freiheit begünstigten, ist zu bekannt, als daß ich es noch aus

Gesetzen der Kaiser zu beweisen brauchte; dieser Begünstigung der Freiheit nun verdankt die Verordnung Divi Marci ihren Ursprung. Verkaufte ich einen Sklaven, so mußte ich den Verkauf wohl gelten lassen, und konnte davon nur mit Zustimmung des Käufers abgehn; aber die hinzugefügte Bedingung gab blos mir ein Recht, dem ich also entsagen konnte, ich konnte also dem Andern die Bedingung erlassen, und dieß ist es, was die Worte: Si nondum poenituerit venditorem, si in eadem voluntate perseveret u. s. w. sagen; die Pönitenz ging also lediglich auf das Freiwerden. Dieß konnte ich zurücknehmen, nicht aber den Sklaven selbst. — Der Letztere konnte sich auch über nichts beschweren, denn einmal war er Sklave, also Sache, ich konnte also, bis er frei war, (denn nun war er rechtsfähiges Subject geworden) über ihn schalten, wie ich wollte. Aus dem Vertrage konnte er kein Klagrecht erwerben, weil es der Vertrag eines Dritten war. Aber der Kaiser gab ihm doch ein Recht aus dem Vertrage eines Dritten, indem er ihn ipso jure frei werden ließ. — Auch dieß ist leicht erklärt: Es lag den Römern daran, freie Menschen zu haben. Deßhalb erleichterten sie das Freiwerden auf vielfache Weise. Nach der Strenge würde der Sklave selbst, wenn der Käufer sich weigerte, ihn frei zu lassen, kein Klagrecht gehabt haben. Ich, der Verkäufer, würde haben gegen jenen klagen müssen; aber es konnte sich viel zugetragen haben, ich konnte in der Zwischenzeit

gestorben seyn, ich konnte abwesend seyn u. dergl. Aber dennoch sollte der Käufer sich nicht mit dem Schaden eines Dritten bereichern; weigerte er sich die Bedingung zu erfüllen, so war dieß ein offenbarer dolus; ein Kläger war vielleicht nicht mehr da, Mark Aurel ließ also den Sklaven frei werden, damit er sich selbst schützen konnte; denn war er erst frei, so hatte er ein Klagrecht. Das Ganze war also, genau genommen, blos eine Vereinfachung des Processes, und auf diese Weise angesehen, leicht erklärt. Daß man aus Begünstigung der Freiheit dem Sklaven ein Recht aus dem Vertrage eines Dritten gab, ist so exorbitant nicht. Von dem strengen Satze, daß man aus dem Vertrage eines Dritten nicht erwerben kann, sind die Römer auch sonst abgewichen, z. B. bei der Rückforderung der dos [64]). Hatte ich indessen pönitirt, so war mein Recht stärker, als das meines Sklaven, und dieser mußte sich in sein Schicksal fügen. — Ganz eben so aber verhält es sich in dem zweiten Falle, wo ich Jemanden Geld gegeben hatte, dafür, daß er seinen eigenen Sklaven freilassen sollte. Dieß soll nun nach Gans Meinung ein Mandat begründen, und das Geld nur zur Bestreitung der Kosten, oder zur Entschädigung gegeben seyn. Freilich, möchte ich mit Gans eigenen Worten antworten, für den, der nur sieht, was in die

64) L. 1. L. 25. de pactis dotalibus (23. 4.)

Augen fällt. — Denn wer weiter sieht, den belehren die Gesetze, daß dieser Fall ebenfalls als similis emtioni betrachtet wurde. Man lese nur:

Paulus libro 15. Respons.

L. 38. De liberali Causa. (40. 12.)

§. 1. Idem respondit, constitutionem quidem Divi Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere, quae hac lege venierint, ut post tempus manumitterentur. Sed *eundem* favorem libertatis consequendae causa etiam eam mereri, pro qua dominus *pretium* [65]) accepit ut ancillam suam manumitteret.

Hier wird ja offenbar gesagt, die Freiheit solle ipso jure eintreten, wenn dem Eigenthümer für die Freilassung das pretium bezahlt sey. (Einen Kauf enthält das Gesetz nicht, weil das Eigenthum übertragen des Letzten fehlt). Also nicht, wenn bloß die Kosten bezahlt sind. Zwar sagt L. 19. pr. de R. C. (12. 1.): Si Titio decem dedissem; allein, daß ein Gesetz in allgemeinen Ausdrücken spricht, kann nichts relevіren, wenn ein anderes sich genauer ausdrückt. Aber wenn man die folgenden Paragraphen gehörig mit dem ersten der L. 38. cit. combinirt, so ist die Sache ganz außer allem Zweifel. Paulus sagt nämlich im §. 1.: Wenn der Sklave

65) Eben so drückt sich L. 4. C. si mancipium ita fuerit alienatum (4. 57.) aus.

verkauft sey, trete die Freiheit ipso jure ein, aber auch dann, wenn der Eigenthümer für das Freilassen seines eignen Sklaven das pretium erhalten habe; und nun wirft er im §. 2. die Frage auf: wie es wäre, wenn der Verkäufer noch nicht den Preis empfangen habe, und antwortet, wenn er den Preis creditirt habe, so werde der Sklave frei. Offenbar ging diese Frage mit ihrer Antwort auf beide im §. 1. enthaltenen Fälle; denn theils geht das Gesetz auf einen concreten Fall, wie schon der Umstand beweißt, daß Paulus von einer Sklavin spricht, und Paulus entscheidet nur den zweiten Fall; theils aber konnte die Sache beim offenbaren Verkauf keinen Zweifel leiden; theils sagt Paulus, der zweite Fall solle ganz wie der erste entschieden werden. — In beiden Fällen aber ist die Sache ganz den bekannten Rechtsgrundsätzen gemäß, und gewiß hat die Entscheidung nicht den mindesten Zusammenhang mit dem jus jus poenitendi.

Aber Gans hat noch ein Gesetz aufgefunden, welches für ihn sprechen soll; dieß muß ich also hier noch prüfen: Julianus sagt nämlich: [66]) Si Titio decem dedero, ut Stichum intra calendas manumitteret, ante calendas nullam *actionem* habebo: post calendas ita demum *agere* potero, si manumissus non fuerit.

---

66) L. 19. pr. De c. c. d. n. s. (12. 4.)

Daraus schließt nun Gans: Julian habe von Mark Aurels Verordnung noch nichts wissen können, deshalb schließe er hier die Pönitenz aus. Allein es ist nicht einzusehen, wie sich dieser Schluß rechtfertigen läßt. — Julian sagt blos, vor Ablauf der Zeit könne ich nicht auf Erfüllung des Contracts klagen; nach Ablauf derselben aber nur dann, wenn er noch nicht erfüllt sey. Von einem Nichtcondiziren ist hier nicht die Rede. Wie oft ist es im R. R. der Fall, daß nur das erwähnt wird, was dem Juristen gerade paßte, weil das andere nicht zur Sache gehört. In dem citirten Gesetze aber wollte Julian blos zeigen, daß eine Leistung erst dann einzutreten brauche, wenn die Bedingung, der modus, oder die bestimmte Zeit da sey. — Zum Schluß noch einige Worte über L. 5. pr. de cond. caus. dat. (12. 4.)

Gans behauptet nämlich (S. 212. Note 5), in diesem Gesetze concurrire ein Mandat. Allein der Empfänger hatte ja hier einen Lohn empfangen, wie konnte also von einem Mandat die Rede seyn? Ein Mandat muß ja gratuitum seyn. Vielmehr ist hier ein Innominat-Contract do ut facias ad instar locationis conductionis operarum, also spricht die Stelle wohl ziemlich klar für die Innominat-Contracte, und die Worte: cum liceat poenitere, können durchaus nur den Sinn haben, in welchem man sie bisher nahm. Vom Mandat würde Ulpian wohl schwerlich gesagt haben, man dürfe dabei pönitiren. (§. 19.) Von einem haben

sine causa kann eben so wenig die Rede seyn, da ein Zufall die Erfüllung des Contracts hindert, der Verhinderte also nach der allgemeinen Regel über den Casus das Empfangene nicht zu restituiren braucht.

Allen Zweifel hebt die L. 39. C. de transac. (2. 4.) In dieser wird gesagt, beim Vergleich trete keine Pönitenz ein. Wie konnte hier ausdrücklich gesagt werden, die transactio schließe die Pönitenz aus, wenn es gar keine Pönitenz gab? Daß die Reue beim Vergleich wegfiel, hatte den sehr weisen Grund, daß man die Processe so sehr wie möglich zu vermindern suchte; und dann, daß aus dem pacto de non petendo eine Exception erwuchs. Aber es konnte auch nicht einmal gesagt werden, die Reue falle weg, wenn die Römer diese Reue nicht kannten, ja die ganze Fassung dieses Gesetzes zeigt noch, daß unter den Römern selbst einige der Meinung waren, es könne beim Vergleich pönitirt werden. (L. 5. C. eod.)

§. 25.

Heutige Anwendbarkeit des *jus poenitendi*.

Ueber diesen Punct sind bekanntlich die Meinungen getheilt [67]). Aber wir haben im Deutschen

---

67) S. Glück Comm. 4. Bd. §. 313. wo auch die Schriftsteller für und wider angeführt sind.

Rechte keine Innominat-Contracte, indem wir jeden Vertrag wie einen Contract behandeln, mithin die Römische Unterscheidung zwischen wirklichen und mangelhaften Contracten, so wie zwischen Contracten und bloßen pactis unpraktisch seyn muß. Wenn aber jeder simple Vertrag klagbar ist, und volle Verbindlichkeit beider Parteien begründet, so kann natürlich auch von Mangelhaftigkeit eines Contractes, und vom Pönitenzrecht aus diesem Grunde nicht die Rede seyn. Denn warum ein Vertrag weniger fest binden solle, als ein anderer, ist nicht abzusehen, wenn man jeden Vertrag, wessen Inhalts, und in welcher Form eingegangen er seyn mag, für völlig bindend erklärt [68]).

68) Etwas dem Römischen jus poenit. nicht ganz unähnliches kommt in den Reichsgesetzen in Hinsicht auf den Gültenkauf vor (R. A. v. 1500 §. 32. Runde D. Privatr. §. 203.).

Digitized by Google

Fünftes Capitel.

Ueber die bei den Innominat-Contracten Statt findenden Rechtsmittel.

§. 26.

I. Wegen der Pönitenz, und zwar

A. wegen Nichterfüllung.

Daß es Innominat-Contracte gebe, und daß bei ihnen das jus poenitendi Statt finde, glaube ich in dem vorigen hinlänglich dargethan zu haben; es bleibt also nur noch die Frage zu beantworten: durch welche Klagen kann man seine Rechte aus einem Innominat-Contracte geltend machen? Diese Frage nun soll das gegenwärtige Capitel beantworten, und zwar zuerst von der Rückforderungsklage ob poenitentiam und dann von der Klage auf Erfüllung des Contracts handeln. Die gemeinen Rechtsmittel bleiben bei dieser Untersuchung natürlich ausgeschlossen, denn sie sind kein charakteristisches Merkmal der un-

Digitized by Google

genannten Contracte. Daß aber solche gemeine Rechtsmittel, wie z. B. ob laesionem enormem, ob evictionem, dolum, vim, metum u. dergl. bei den Innominat-Contracten statt finden, bedarf wohl keiner Erwähnung. — Ehe ich jedoch zur Condictio ob poenitentiam übergehen kann, muß ich erst eine kurze Erörterung der Condictio causa data, causa non secuta voranschicken, die wegen Nichterfüllung angestellt wird. — Hier muß man nun zwar im ganzen Gans Recht geben, daß diese Condictio nicht ausschließlich den Innominat-Contracten angehöre. Aber was beweiset dieß? Doch wohl nicht, daß es keine Innominat-Contracte gebe! Weil die condictio causa data auch in andern Fällen statt finde, die Innominat-Contracte zu leugnen, würde wohl kein Logiker gelten lassen. Aber gerade aus der Natur der condictio causa data läßt sich darthun, daß doch wohl so etwas, wie die Innominat-Contracte im Römischen Rechte, existirt habe. — Worin besteht nun aber das Wesen derselben?

Wenn ich einen Pandekten-Commentar schriebe, so würde ich nun zuerst erörtern müssen, was condictio überhaupt heiße. Da mich dieß indessen zu weit führen würde, so muß ich das hier übergehen. Aber auf einen Punct kommt es besonders an, und den muß ich hier herausheben. Die condictiones sind nämlich immer persönliche Klagen, durch die ich eine Sache, die nicht mein Eigenthum ist, fordere, die condictio ob causam datorum aber;

Digitized by Google

eine Rückforderungsklage dessen, was ich aus meinem Eigenthum weggab. Allein, daß ich gerade das Eigenthum verloren haben müsse, um überhaupt condiziren zu können, scheint nicht gerade mit strenger Consequenz von den Römischen Juristen beibehalten. Denn sonst könnte der Dieb, der Depositar, der entwendende Ehemann nicht mit einer Condiction belangt werden. Dieß beweiset auch schon die Etymologie, die Theophilus [69]) sowohl, als Justinian [70]) von dem Worte geben. Zugleich aber kann man nicht behaupten, daß die condictiones überhaupt aus einem Contract, oder die condictio causa data gar aus einem ungenannten Contract entspringen. Vielmehr ist die condictio caus. dat. so zu construiren: von einem Contract abzugehen ist Niemanden erlaubt; wegen Nichterfüllung eine geschehene Leistung zu repetiren ist in einem Contracte eben so wenig erlaubt. Aber die Billigkeit veranlaßte es, daß man in einigen Fällen, demjenigen der geleistet hatte, erlaubte, wegen Nichterfüllung seine Leistung zu repetiren. Für diese Fälle ein Prinzip aufzufinden, möchte nun wohl nicht leicht möglich seyn. So viel läßt sich jedoch durch Abstraction aus den Gesetzen behaupten, daß diese condictio nicht bei Verträgen in der Regel eintritt, sondern daß sie nur dann gestattet wird, wenn irgend ein anderer Umstand eintritt; wie z. B. wenn

69) §. 15. I. de actionibus (4. 6.)

70) ad §. 15. I. cit.

dem Vertrage ein vitium anklebt, oder wenn durch die Leistung nur eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt war, wenn die expresse oder tacite hinzugefügte Bedingung wegfällt, wie bei der dos, wenn keine Ehe erfolgte. So kann man z. B. beim Verkauf das gezahlte pretium nicht condiziren, sondern nur auf Tradition der gekauften Sache klagen; so kann bei der locatio nicht Herausgabe des Lohns oder Miethzinses, sondern nur Einräumung der vermietheten Sache, oder Leistung des versprochenen facti gefordert werden, und, falls Mora eingetreten sey, das Interesse. Aber eben wenn die emtio aufhört, emtio zu seyn, wenn die Locatio nicht mehr Locatio ist, kann repetirt werden. Wenn man nun die condictio causa data auf diesen Grund bauet, wie in der That die Fälle, die in den Gesetzen [71]) entschieden sind, alle gestatten, so ergiebt sich von selbst, warum sie hauptsächlich bei den Innominat-Contracten vorkommt. Aber eben so klar ist es dann auch, daß sie nicht blos bei diesen, sondern auch bei bestätigten pactis vorkommen kann, und daß sie bei beiden auf demselben Fundament beruhe. Dieß scheint auch der Grund zu seyn, warum manche diese Condiction blos bei Innominat-Contracten zulassen. Ich gehe jetzt zu der Meinung von Gans über, und bleibe zuförderst bei dem von ihm gewählten Beispiel der donatio

71) Pand. lib. XII. Tit. 4. Cod. Lib. 4. Tit. 6.

Digitized by Google

sub modo stehen. Daß dieselbe kein Innominat-Contract seyn könne, ist oben gezeigt. — Ganz richtig ist es, wenn Gans sagt, die donatio habe nichts obligatorisches, so ferne sie reine donatio ist. Wenn er aber die Anomalien der Schenkung aus dem Grundsatz, daß sie nur in dando, während des Gebens bestehe, herleiten will, so ist dieser Schluß falsch, weil der Vordersatz falsch ist. Denn könnte man von der donatio sagen, sie bestehe nur in dando, d. h. während des Gebens, so könnte man eben so gut denselben Grundsatz bei allen andern Verträgen annehmen, so würde der Kauf nur in emendo et vendendo bestehen, so bestände das Mandat, die locatio nur während der Geschäftführung, während des Vermiethet seyns. Dennoch entstehen hier Rechtsansprüche über die Dauer jener Verhältnisse hinaus. Vielmehr sind diese Erscheinungen ganz anders zu erklären. Konnte die Schenkung aus dem Grunde nicht eingeklagt werden, weil nichts existirte, so hätte die Stipulation sie auch nicht klagbar machen können; denn was existirte nach der Stipulation mehr als vorher? Noch mehr aber fällt dieser Satz in sich selbst zusammen, seitdem der Schenkungsvertrag ein pactum legitimum ist. — Jene Erscheinungen, z. B. daß keine evictio, keine Entschädigung wegen laesio enormis Statt findet, ist lediglich daraus zu erklären, daß ja bei einer Schenkung durchaus keine Beeinträchtigung des Beschenkten möglich ist. Wie kann ich z. B., um bei meinem Beispiele

stehen zu bleiben, Jemanden enormiter lädiren, den ich beschenke? Und treten nicht bei der Schenkung auch Verpflichtungen zur Prästation der culpa ein, wenn ich Jemanden durch meine Schenkung in Schaden brachte? Daß keine Evictionsleistung eintrat, daß nur der höhere Grad der culpa prästirt wurde, lag in der Ansicht der Römer, daß der Beschenkte dem Schenker Dankbarkeit schuldig sey, die sich ja in so vielen Nüancen in klaren Gesetzen ausspricht, und wie viel Gewicht die Römer auf Gewissenspflichten legten [72]), ist zu klar, als daß ich noch daran zu erinnern brauchte, daß es verboten war, Personen, denen man Ehrfurcht schuldig war, durch eine Klage zu beschimpfen. Dieselbe pietas aber, aus der diese negative Pflicht entspringt, gab der Delikatesse, mit der der Beschenkte gegen den Schenker verfahren mußte, ihr Daseyn. — Gans Behauptung ist also unhaltbar; nur muß man die traditio rei donatae von der donatio eben so unterscheide, wie die traditio rei venditae von der venditio. — Ganz eben so ist die donatio sub modo anzusehen; diese ist nämlich eine Schenkung, der eine Zweckbestimmung hinzugefügt ist. Diese Zweckbestimmung kann oft von der Art seyn, daß den Schenkenden die Erfüllung

72) Soll ich noch an das beneficium competentiae des Schenkers, an die Pflicht der Eltern und Kinder, sich gegenseitig Alimente zu reichen, an die Dotationspflicht erinnern?

Digitized by Google

gar nicht interessiren kann; dennoch gestatten die Gesetze, dem Schenker die repetitio, und zwar nicht, weil die Schenkung nicht mehr existirt, denn daraus würde eher das Gegentheil folgen, sondern weil die Dankbarkeit verletzt wird, wenn der Beschenkte das Empfangene mißbraucht, (und der Fall, wo die Schenkung nicht der Absicht des Schenkers gemäß angewandt wird, ist Mißbrauch).

Die reine donatio erzeugt nun freilich keine bürgerliche obligatio, wohl aber eine Gewissenspflicht, nämlich die der Dankbarkeit. Eben diese nun erzeugt die donatio sub modo; bei ihr aber geht die natürliche Pflicht in eine bürgerliche über (wenn ich mich so ausdrücken darf); denn der Schenker hatte ausdrücklich seine Schenkung bedingt durch die Art und Weise, wie der Empfänger sie verwenden sollte, oder er konnte auch einen andern Umstand zur Bedingung gemacht haben, der außerhalb der Schenkung lag, d. h. nicht unmittelbar deren Verwendung berücksichtigte; aber in beiden Fällen war es möglich (ja in der Regel sogar nicht anders möglich als), daß der Empfänger ein Factum zum eigenen Besten unternahm. Deshalb nun blieb die donatio sub modo eine Schenkung, wogegen sie sonst locatio operarum, oder der dieser nachgebildete contractus do ut facias geworden wäre. Aber immer trat zur Schenkung ein außerhalb derselben liegendes Merkmal hinzu, nämlich die Verpflichtung zur Erfüllung des modus, so daß die donatio sub modo ein Innominat-Contract seyn könnte, wenn

die donatio ein Contract wäre (§. 12.) Aus diesem Grunde nun, und weil dem Schenker zur Schenkung durchaus keine Verpflichtung oblag, als er sie vollzog, weil eine liberalitas schlecht zu vergelten eine Schändlichkeit ist, erlaubt das R. R. dem Schenker die Rückforderung einer sub modo geschehenen Schenkung. Auf ähnliche Weise verhält es sich mit der dos. Auch hier erfüllt der Besteller entweder eine natürliche Verbindlichkeit [73]) wenn er zu denen gehört, die die dos bestellen müssen, oder er übt eine reine liberalitas. — Dieß, und weiter nichts als dieß, sagt die L. 18. pr. §. 1. de donationib. von der Schenkung; nur muß man nicht, wie Gans thut, das halbe Gesetz anführen, sondern weiter lesen. Dann ergiebt sich nämlich, daß Pomponius sagt, Quisto habe geglaubt, wenn ich Jemanden einen Sklaven gebe, unter der Bedingung, er solle ihn nach fünf Jahren manumittiren, so kann ich erst nach Ablauf dieser fünf Jahre klagen, weil eine Schenkung, des fünfjährigen usus nämlich, darin enthalten sey; oder im Kunstausdruck 5jährige operae servorum. Und diese Meinung läßt Ulpian den Pomponius prüfen, und ihn sagen, man müsse distinguiren; denn es könne zwar eine Schenkung seyn, aber es könne auch das quinquennium aus einem andern Grunde hinzugesetzt

73) Weshalb auch z. B. der Schwiegervater das beneficium competentiae hat.

seyn. Gans fragt dann weiter, welche obligatio mit der Schenkung concurrire, und diese soll verschieden seyn, je nachdem man ausspricht: donatio sub modo oder donatio sub modo. Wie man behaupten könne, die Schenkung sey das Werk eines Augenblicks, da sie nur in dando bestehe, und dann noch fragen, welche obligatio mit ihr concurrire, weiß ich nicht; so wenig wie ich weiß, was eine obligatio ob causam datorum ist. Gans hat wohl nur sagen wollen, die datio ob causam bringe die obligatio [74] hervor, und dieß ist allerdings richtig. Auch das kann man allenfalls zugeben, daß die condictio wegen des Habens ohne Grund eintrete, nur muß dann der Ausdruck „haben ohne Grund“ nicht technisch seyn sollen. Unjuristisch ist es, wenn Gans behauptet (Seite 201.): die datio ob causam sey von einer Seite ein Vertrag, von der andern nicht.

Daß übrigens die actio praescriptis verbis und die condictio ob causam datorum nur elective concurriren, wird Niemand bezweifeln; indessen ist es verlorne Mühe, hieraus das jus poenitendi zu widerlegen; denn dies ist nicht der Sitz des jus poenitendi. Von einem jus poenitendi kann nicht die Rede seyn, wenn ich ob causam non secutam das Geleistete zurückfordere, sondern nur dann, wenn ich der bloßen Sinnesänderung

74) Zur Erfüllung des modus nämlich.

wegen zurückfordere. Der Umstand, daß die actio praescriptis verbis und die condictio causa data im corpus juris getrennt stehe, ist sehr unwichtig und wird durch die von Gans selbst angeführte L. 5. praescr. verbis noch unwichtiger. Wie ist nicht im N. R. manche Materie, z. B. das Pfandrecht, zerrissen? Wie viele Materien stehen nicht zwischen dem Lib. XIII. und dem Lib. XX. pand? — Weiter kann uns die condictio wegen schuldvoller Nichterfüllung nicht interessiren; denn sie gehört nicht den Innominat-Contracten ausschließlich an. —

§. 27.

Fortsetzung.

B. Wegen eigentlicher Pönitenz.

Daß die consequenten und so philosophisch räsonnirenden Römischen Juristen die Rückforderung ob causam non secutam, oder selbst, wenn man mit Gans reden will, die Wahl zwischen zwei alternativ gestatteten Klagen poenitentia genannt haben sollten, ist wohl schwerlich anzunehmen, wenn man nicht, was leider zu sehr Mode ist, zu einem Versehen derselben (zu einem Tribonianismus) seine Zuflucht nehmen will, was denn freilich immer ein schlechter Behelf ist. Es muß also doch wohl noch etwas anderes im Römischen Rechte enthalten seyn, was sie durch »ponitere« bezeichneten. Was dieß ist, habe ich im vorigen Capitel gezeigt. — Hier

können also nur noch kleine Nachträge folgen, die absichtlich bis hieher verspart blieben. Diese Pönitenz nämlich soll durch eine condictio geltend gemacht werden. Es sind hier also die Fragen zu beantworten: was ist dieß für eine condictio, und wann tritt sie ein?

Unsre erste Frage war: welche condictio findet hier statt? Die repetitio ex capite poenitentiae wird im corpus juris in dem Titel de condictione causa data, causa non secuta [75]) abgehandelt, hieraus folgt nun, daß diese condictio mit der condictio causa data entweder identisch seyn müsse, oder wenigstens Aehnlichkeit mit ihr habe. Beide Ansichten haben ihre Vertheidiger gefunden [76]). Allein es scheint mehr für sich zu haben, wenn man annimmt, daß die beiden Condictionen doch nicht so ganz identisch sind, obgleich sie in manchen Puncten zusamentreffen. Daß von einer Causa non secuta bei der Rückforderung ob meram poenitentiam die Rede seyn könne, ließe sich noch allenfalls herausbringen. Daß aber oft in den Gesetzen gesagt wird: cessat repetitio, oder condictio, und daß dann dieselben Gesetze sagen: si poeniteat repetitur, oder condictio-

75) Lib. XII. Tit. 4.

76) S. besonders Retis opuscula Sect. III. f. Meerm. thes. T. VI.) und Glück Commentar 13. Bd. S. 1. ff.

ni locus est, muß einen Grund haben. Ich glaube die Sache ist diese: Früher waren die Condictio causa data, causa non secuta und die condictio ob causam datorum verschieden, die eine fand nur ob defectum causae, d h. wegen Nichterfüllung, die andere aber lediglich wegen der causa, auch ex capitae poenitentiae statt. Späterhin wurden die beiden condictiones vereinigt, und die Namen derselben vermengt, so daß promiscue die condictio bald ob causam datorum, bald causa non secuta genannt wurde. Wir finden das nämliche bei andern Instituten, von denen wir dieß noch wissen, es wäre also so gar auffallend nicht; nur kennen wir den Gang nicht, den jedes Institut genommen hat, und dieß ist auch von unseren beiden Condictionen zu sagen. Hieraus erklären sich dann auch manche sonst unerklärbare Erscheinungen im corpus juris. So wird die condictio in Fällen abgesprochen, wo sie doch statt findet. So heißt es in L. 3. §. 1. h. t. (denn das pr. bezieht sich auf den Vergleich der nicht hieher gehört) die condictio falle weg, wenn Jemand etwas für ein Nichthun erhielt, so lange er das verbotene Factum unterlasse. Der Grund ist hier natürlich, weil das Nichterfüllen erst eintritt, wenn der andere aufhört, zu unterlassen, und doch gehört dieser Fall unter das do ut facias [77]), also muß eine con-

77) L. 189. de V. S.

dictio ex capite poenitentiae eintreten. Das Gesetz ist daher nur von der condictio wegen Nichterfüllung zu verstehen. Aber noch stärker spricht der Umstand, daß manchmal gesagt wird, es finde keine condictio Statt, aber es könne doch repetirt werden. Dieß ist dann so zu verstehen, die Eine condictio falle weg, aber die andere trete ein. Am aller auffallendsten zeigt sich dieß, wenn von Seiten des Empfängers eine Gegenleistung, eingetretener Unmöglichkeit wegen, nicht erfolgt. Hier fällt die condictio causa data non secuta weg, aber die condictio ex capite poenitentiae tritt ein.

Ulpianus libro II. Disputat.

L. 5. pr. h. t. (12. 4.)

Si pecuniam acceperis ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit videndum? Et cum per te non steterit, potest dici *repetitionem cessare*. Sed cum liceat poenitere ei qui dedit, procul dubio *repetitur* id quod datum est etc.

Daher sind denn auch die Gesetze, die die condictio nicht gestatten, lediglich von dem Fall der durch casus verhinderten Leistung zu verstehen, und die Distinction von Struv, der auch Glück beitritt, nach der man unterscheiden soll, ob ein Factum oder eine Sache zu leisten war, ist unnöthig. Es ist auch in der That kein Grund einzusehen, warum

Digitized by Google

bei dem facere etwas anderes eintreten solle, als beim dare? Wenn behauptet wird, dieß liege in der eigenen Natur der Innominat-Contracte, so frage ich, ob diese eigene Natur der Innominat-Contracte beim dare nicht dieselbe sey, wie beim facere? Daß übrigens die Accessionen und Früchte zugleich repetirt werden, folgt aus allgemeinen Grundsätzen. Zinsen können nicht gefordert werden, und zwar wahrscheinlich, weil ja nach dem Contractsverhältnisse die Sache dem Empfänger von dem Augenblick an zukommt, da er sie empfängt, also eine Vergütung nicht eintreten kann. Erhob der Empfänger aber selbst Zinsen, so werden diese nun zu Früchten und also Accessorien des Capitals [78]). Die Fälle, von denen man gewöhnlich behauptet, daß bei ihnen das jus poenitendi wegfallen müsse, sind theils solche, wo die Natur der Sache oder allgemeinen Rechtsgrundsätze dieß erfordern, theils gehören sie nicht hieher. So ist der Fall in L. 5. pr. h. t. offenbar nicht so zu erklären, das jus poenitendi falle weg, sondern so, die repetitio hört auf, weil Compensation eintritt, deshalb muß

78) Daß er bonae fidei possessor ist, kann nichts relevíren, denn hier geht ja die Gefahr des Capitals nicht auf seine Rechnung, welches doch in den Gesetzen zum Erlassen der Herausgabe gezogener Zinsen erfordert wird, L. 6. 7. §. 1. pro socio (17. 2.), weil er nicht locupletior mit des andern Schaden werden darf. L. 30. de hered. petit. (5. 3.)

man also die Frage, wann die condictio ex capite poenitentiae Statt finde, so beantworten: sie tritt in der Regel ein, wo sie eintreten kann, also z. B. nicht beim facio ut des, und wo nicht nach allgemeinen Grundsätzen eine Ausnahme Statt finden muß. — Dieser conditio nun, die in klaren oben schon angeführten Gesetzen enthalten ist, meint Gans, werde in L. 5. §. 2. praescr. verb. (19. 5.) widersprochen, wo Paulus sage, man könne erst repetiren, wenn die causa non secuta sey. Dieß sagt das Gesetz nun zwar ganz deutlich, allein Paulus spricht hier nur von der repetitio causa data, causa non secuta, und schließt damit die condictio ex capite poenitentiae nicht aus. Von der Constitution des Kaisers Mark Aurel war oben bereits die Rede; hier ist nur noch die Bemerkung zu machen, daß die L. 5. pr. h. t. unbegreiflich wäre, wenn das jus poenitendi, oder was eins ist, die condictio nur aus dieser Constitution eintrete. Auch von einem Haben ohne Grund kann dort gar nicht die Rede seyn, denn hier wurde die condictio causa non secuta ja verworfen, dagegen die condictio ex capite poenitentiae gestattet. Wenn nun überhaupt eine Freiheit, seinen Willen zu ändern, Statt findet, so ist es gleichgültig, ob man dieß jus poenitendi oder anders nennt. Falsch ist aber die Behauptung, daß durch die Willensänderung ein Haben sine causa anfange, denn die causa, wegen welcher gegeben wurde, dauert fort, der Geber mag seine Meinung

ändern oder nicht, vielmehr liegt der einzige Grund des jus poenitendi in der oben gegebenen Deduction. Ja, wenn man annehmen wollte, es trete ein Haben sine causa ein, so bleibt immer die Frage, woher hat denn die eine Partei das Recht, die causa defect zu machen? Daß sie nicht in der Constitution Mark Aurels gegründet seyn kann, beweißt L. 5. pr. h. t. klar. Ja noch mehr! In L. 3. §. 2. eod. heißt es: Sed si tibi dedero ut Stichum manumittas, *si non facis, possum condicere.* Wie läßt sich dieß mit der genannten Constitution vereinigen, nach der ja der Sklave ipso jure frei wurde? — Durch die Bemerkung, das Pönitiren sey ein außerhalb liegendes Factum, lassen sich die Zweifel nicht niederschlagen. Gans selbst nimmt ein Recht der Willensänderung an, was er freilich nicht jus poenitendi nennen will, leitet es aber aus Mark Aurels Constitution her; kann es daraus nicht folgen, so ist er selbst gezwungen, das jus poenitendi nach der bisherigen Theorie anzuerkennen, und um doch auch poetisch zu schließen: es läßt sich mit Grunde behaupten, daß die einfache Vorfrage, die Gans machen will, kein anderes Resultat hervorgebracht haben würde, als der Hypothesenapparat aus der juristischen Rüstkammer erzeugt hat; und daß es lediglich daran liegt, daß man die Sache durch vergrößernde Brillen sah, wenn sie ungeheuer wurde.

Digitized by Google

§. 28.

II. Auf Erfüllung;

Actio praescriptis verbis.

A. Natur derselben.

Der Hauptsitz der Lehre von den Innominat-Contracten ist der Titel der Pandekten, der ex professo von der actio praescriptis verbis handelt, daher auch manches, was die Lehre von dieser Klage angeht, schon oben erörtert worden. Hier bleiben nur noch drei Fragen zu beantworten, nämlich:

1) Was ist die actio praescriptis verbis?
2) Wann findet sie Statt?
3) Wie verhält sie sich zur actio doli?

Die erste Frage wird der Gegenstand dieses Paragraphen seyn; ehe ich jedoch zur Sache selbst übergehe, muß ich einige Bemerkungen voranschicken:

Ich habe mich nämlich so sehr wie möglich aller Bemerkungen über Gans System enthalten, theils weil eine Systematisirung des Römischen Rechtes, so ferne sie mehr enthalten soll, als eine möglichst einfache und klare Darstellung des Rechtes selbst, eine verlorne Arbeit ist, theils aber auch, weil ich glaube, Gans widerlegen zu können, ohne auf sein System Rücksicht zu nehmen.

Indem es bei der allmähligen Ausbildung des Römischen Rechtes, nicht wohl anders möglich war,

Digitized by Google

als daß sich manches Institut bilden mußte, welches ganz unabhängig vom System dasteht, war es auch zugleich natürlich, daß ein solches Institut in seiner Ausbildung fortschritt, ohne Rücksicht auf dasjenige zu nehmen, was nicht unmittelbar auf seinem Weg lag.

Dieß hat Gans selbst eingesehen — konnte es auch nicht wohl übersehen, und sich deshalb, nachdem er sein Obligationenrecht aus dem Begriff der bonae fidei und stricti juris actiones dargestellt hat, genöthigt gefunden, noch eine dritte Art der Obligationen anzunehmen, die weder unter die Rubrik der einen, noch der andern gehören. Zu dieser dritten Art der Obligationen rechnet Gans nun auch die, welche durch eine actio praescriptis verbis charakteristisch ausgezeichnet werden, also auch unsere Innominat-Contracte. — Dessen ungeachtet giebt uns Gans seine Abhandlung gegen die Innominat-Contracte als ein Produkt seines Systems, und vergißt, daß sie ja durchaus nicht in sein System passen; denn die actio praescriptis verbis liegt außerhalb desselben, und berechtigte mich dadurch um so mehr, sein Obligationensystem ganz unberücksichtigt zu lassen. Bei der actio praescriptis verbis jedoch werde ich aus einem andern, nachher erst klar werdenden, Grunde Rücksicht darauf zu nehmen haben, indem Gans mir selbst durch seine in der zweiten Abhandlung aufgestellte Ansicht vorgearbeitet hat; weshalb ich hier nur die Bemerkung zu machen habe, daß ich

Digitized by Google

mich durchaus auf keinen Streit über Terminologie einlassen werde, und zugleich allen etwaigen Anlaß zu Mißverständnissen hier aus dem Wege räumen will; damit ich nachher in meiner Untersuchung ungestörter fortschreiten kann.

Gans selbst charakterisirt den Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei so: Es gebe im R. R. ein formelles und ein materielles Rechtsprincip [79]). Jenes, das formelle, sey fest begränzt und unwandelbar, d. h. der bestimmte Charakter des die dem Prinzip entsprechenden stricti juris obligationes begründenden Gesetzes bringe es mit sich, daß auch die obligatio der Vorschrift dieses Gesetzes genau entspreche, daß also weder mehr noch weniger darin enthalten sey. Das materielle hingegen sey der Sitz der bonae fidei obligationum, und diese seyen modifizirbar und veränderlich, können auch aus andern Gründen als aus einer lex entstehen, und was sie besonders von der stricti juris obligationibus scheide, sie können selbst ihre Grenzen überschreiten.

Dann behauptet Gans, die actiones in factum zu der auch die actio praescriptis verbis gehöre, finden da Statt, wo der Begriff eines bonae fidei negotii sich nicht ganz vorfinde: sie seyen also aus-

79) Dieß hat seine Richtigkeit, wenn auch vielleicht die Ausdrücke nicht ganz gut gewählt sind; aber das darauf gebaute System ist mangelhaft.

Digitized by Google

helfende Klagen, die deshalb auch nur Statt finden können bei solchen negotiis, die Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotio haben. — Auf die Sache selbst, von der schon oben ausführlicher die Rede war, werden wir unten in der Kürze zurückkommen. Um Wortstreit zu vermeiden, und uns über die primitiven Begriffe zu verständigen, muß hier jedoch folgendes seinen Platz finden.

1) Die Grenzlinie, die Gans zwischen strictis juris und bonae fidei negotiis zieht, daß nämlich bei ersteren der Charakter Unwandelbarkeit sey, und letztere Modificationen leiden, möchte im Ganzen genommen noch zu wenig bestimmt seyn; denn wenn negotia deshalb nicht unter die Rubrik der bonae fidei negotiorum kommen können, weil sie ein Merkmal zu wenig oder zu viel haben, also doch nur modifizirt sind (was bei Gans heißen würde, weil nur eine actio in factum Statt findet), so nehmen diese negotia ja nun ein Merkmal der stricti juris negotium an, indem sie nämlich diese Modification nicht dulden, ohne aus ihrem Begriffe zu weichen. Wenn z. B. die emtio deshalb zur permutatio wird, weil eine Sache gegen eine Sache gegeben wird, da es zu ihrem Wesen gehört, daß das pretium in Gelde bezahlt werde, so widerspricht dieß ja ihrem Charakter als bonae fidei negotium, nach welchem sie Modificationen leiden können muß. Ich deute dieß nur an, die Ausführung würde mich zu weit führen.

Digitized by Google

2) Ein negotium, welches weder stricti juris, noch bonae fidei ist, weder unter das formelle, noch unter das materielle Rechtsprincip gehört, ist nicht denkbar, denn das Nichtpassen unter das formelle Prinzip macht es nothwendig, daß es zu dem materiellen gehört. Es giebt zwischen den stricti juris und bonae fidei negotiis durchaus nur eine Scheidewand, nämlich diese: Erstere sind durch das Gesetz fest begründet und bestimmt begrenzt, letztere hingegen sind wandelbar und richten sich nach Umständen, wie z. B. nach dem Willen der Paciscenten. Also muß natürlich alles, was nicht stricti juris ist, bonae fidei seyn, es muß entweder diesseits oder jenseits der einzigen Scheidewand liegen.

3) Diese Gründe zusammen genommen werden mich hinlänglich rechtfertigen, wenn ich unten Ganz in der Hauptsache, nämlich daß die actio praescriptis verbis nur bei solchen Innominat-Contracten Statt finde, die Nominat-Contracten nachgebildet sind, [80] Recht gebe, und auch den von ihm gebrauchten Ausdruck, sie müßten bonae fidei negotiis nachgebildet seyn, billige, aber dennoch sein System verwerfe. Alle Nachbildungen können nur die bonae fidei negotia treffen, bei den stricti juris ist dieß unmöglich, eben ihres Charakters der Formalität wegen. —

---

80) Das heißt also nach meiner obigen Darstellung, bei allen.

Diese Verständigung war nothwendig, damit man mir nicht sagen könne, ich gebe etwas zu, was ich doch im Grunde läugne, und streite nur über Worte, wie sich nachher ausweisen wird. — Ich kann also jetzt zur Hauptsache zurückkehren. Unsere erste Frage war also, was ist die actio praescriptis verbis?

Es ist bekannt, daß die Römischen Proceßformen besonders darin von unserem Gerichtsverfahren abwichen, daß sie strenger waren. Für alle Civilklagen bestanden bestimmte Formulare, nach denen sie abgefaßt werden mußten; ja sogar der Name der Klage durfte in dem Actionslibell nicht fehlen. Diese feierlichen Formeln hießen legis actiones [81]). Von dieser ursprünglichen Strenge wich man zwar nachher in mancher Rücksicht ab, allein ganz sagte man sich doch nicht davon los [82]), die Namen dieser Klagen waren sämmtlich im albo praetoris verzeich-

---

81) L. 2. §. 6. de C. J. (1. 2.) Dieser legis actionum gab es 5.: sacramento, per judiciis postulationem, per condictionem, per pignoris captionem, Cajus Lib. IV. §. 12 — 29.

82) L. ult. C. de interdictis (8. 2.) L. ult. C. de formulis (2. 58.) Die legis actiones wurden durch eine L. Aebutia und 2 Leges Juliae aufgehoben und Formeln eingeführt. Cajus L. IV. Auch diese Formeln waren genau vorgezeichnet. Sie begriffen demonstrationem, intentionem, adjudicationem, condemnationem. Cajus Inst. Lib. IV. §. 39 — 60.

Digitized by Google

net. [83]) Hier mußte man sich nun wohl in concreten Fällen Raths erholen; denn es ist bekannt, daß in früheren Zeiten und selbst in der letzten Periode der Römischen Republik die pontifices hauptsächlich im Besitze der Kenntnisse waren, die die öffentliche Verwaltung, und auch derer, die das Proceßwesen angingen.

Wollte Jemand eine Klage anstellen, so mußte sie ihm der Prätor ertheilen. — Adire praetorem mochte der Kunstausdruck für das Ausbitten einer Klage seyn. — Hatte man einen Proceß, so mußte man sich an den Prätor wenden, dieser gestattete dann die Klage und trug einem judex die Untersuchung der Sache auf. Aber der Prätor konnte nur die Klage geben, die in seinem albo sich vorfand und zugleich auf den vorliegenden Fall paßte. War eine passende Klage in seinem albo nicht verzeichnet, so gestattete er auch keine, und wieß also den Kläger ab. Dieß war nun gewiß ein großer Uebelstand, der um so mehr in der spätern Zeit auffallen mußte, wo die Formular-Jurisprudenz, d. h. das ängstliche Kleben an alten Civilformen aufgehört hatte. Das erste, was geschah, mochte vielleicht das seyn, daß man da, wo die eigentliche Klage nicht (directe) gegeben werden konnte, eine actio utilis zuließ. Aber auch dann noch blieb das System mangelhaft; denn es war nothwendig, daß

83) L. 1. §. 1. de edendo (2. 13.)

eine actio utilis auch nicht gegeben werden konnte, weil sie zu ihrem Wesen erforderte, daß das Geschäft einem eine actio directa hervorbringenden negotio ähnlich seyn mußte. Dennoch mußte oft in die Augen fallen, daß die Billigkeit hier dafür spreche, eine Klage zu gestatten, indem eine exceptio dem Beeinträchtigten nichts nützen konnte, weil er entweder den Besitz der Sache, die er etwa hätte retiniren können, nicht hatte, weil er geleistet hatte, und keine Gegenleistung erfolgte u. dergl. Der Prätor gab ihm also eine Klage, konnte sie nicht actio ex contractu utilis nennen, und gab ihr also den Namen actio in factum. Wie der Prätor einmal den Weg gebahnt hatte, folgte das jus civile, d. h. die autoritas prudentum, bald nach; und so entstanden denn die actiones in factum praetoriae und civiles. Aber zwischen den actionibus in factum praetoriis civilibus mußte nothwendig ein Unterschied Statt finden. Der Prätor hatte das jus adjuvandi, corrigendi et supplendi leges, die prudentes höchstens ein jus interpretandi leges; daher konnte der Prätor neue Klagen einführen, wo die Juristen die alten nur weiter ausbilden durften. So sind alle actiones, die die Juristen eingeführt haben, actiones utiles; die Klagen aber, die der Prätor gab, können auch neu eingeführt seyn. Jedoch sind auch hier, da der Unterschied, besonders wenn man sich einzelne Fälle denkt, oft unbedeutend und äußerst fein ist, die Namen vermischt, so daß diese Klagen,

Digitized by Google

die eigentlich utiles heißen sollten, auch den Namen in factum führen [84]), und dagegen die actio in factum praetoria mitunter actio utilis heißt. Uebrigens giebt es auch prätorische eigentliche actiones utiles, indem der Prätor nicht nothwendig neue Institute einführen mußte, sondern auch die andern weiter ausbildete. Entstand nun eine solche actio in factum, die zugleich utilis war, aus einem zweiseitigen Geschäfte, so erhielt sie auch wohl den Namen actio praescriptis verbis. Was dieser Name eigentlich sagen wolle, ist streitig. Einige [85]) leiten es daher, weil man in Ermangelung eines Namens, womit man das Geschäft bezeichnen konnte, den Vertrag in umschreibenden Worten charakterisiren mußte, und berufen sich sogar auf ein Gesetz [86]). Dieses sagt aber nur, es solle eine actio in factum eintreten, wodurch das praescriptis verbis bezeichnet wurde, spricht also offenbar so allgemein, daß daraus füglich alle andern noch anzuführenden Etymologien abgeleitet werden könnten. Andere [87]) glauben, die Benennung rühre daher, daß der Client seinem Patron eine species facti überreichte, worin das Geschäft weitläuftig

84) Tot. Tit. p. de praescrip. verb. (19. 5.)

85) z. B. Faber Rational. ad pand. L. 1. h. t.

86) L. 6. C. de transactionib. (2. 4.)

87) Merillii Variant. ex Cujacio L. 1. Cap. 29. Meister de in factum actionibus. §. 32.

beschrieben war, und wonach dieser dann die anzustellende Klage abfaßte. Am meisten Schein indessen hat nach meiner Ansicht die Meinung von de Retes [88]) für sich. Er erklärt nämlich die Sache so: Wenn Jemand aus einem Contracte klagen wollte, für den keine besondere actio Statt fand, so ging er (adibat) zum Prätor, und ließ sich von ihm eine Klage gestatten, die derselbe nun nach den Umständen modeln mußte. Fast ganz so erklärt Cujaz [89]) die Sache, und diese Ansicht ist auch in der That deshalb vorzuziehen, weil sie sich auf die Römische Proceßform selbst gründet, und weil sie von den dreien gerade diejenige ist, die am wenigsten dem Umstand widerstreitet, daß der Name selbst, den dieser Contract etwa im gemeinen Leben hatte, in der Klagformel hinzugesetzt wurde, wie z. B. bei der actio aestimatoria [90]). Zugleich aber ist es klar, daß bei Klagen, die im strengsten Sinne actiones in factum, also praetoriae, waren, der Name praescriptis verbis wegfallen mußte, was auch eigentlich von den actionibus utilibus praetoriis gelten mußte; denn hier gab ja der Prätor ohne alle Rücksicht die Klage selbst, die ihm gut schien, brauchte sich also keiner weitläufigen Worte zu bedienen. Dieß ist denn auch die Ursache,

88) Opusc. L. II. L. I. Cap. 6.

89) Parat. ad h. t.

90) L. 1. pr. de aestimatoria (19. 3.)

warum diese Klage mitunter den Namen actio in certa führt [91]), welches nämlich nichts weiter heißt, als sie ist eine Klage, deren Form unbestimmt ist, und sich nach den Umständen richtet; und es ist nicht abzusehen, warum Gans diese Bedeutung nicht anerkennen will, da doch gewiß in den citirten Gesetzen die Fälle nicht von der Art sind, daß die Klage auf ein incertum geht. Es ist damit nicht behauptet, daß das actio in certa und actio incerti eins wäre, und in der That ist auch der Unterschied in die Augen fallend. Actio incerti heißt eine Klage auf ein incertum, und insofern kann es sich wohl treffen, daß die Römer die Klage selbst incerta nannten. Aber es ist leerer Wortstreit, wenn man Cujaz tadelt, daß er einen Ausdruck technisch in einem Sinne gebrauchte, worin er offenbar in den Gesetzen vorkommt. Die L. 33 Depositi (16. 3.), die Gans für sich anführt, beweiset nur, daß die actio ad exhibendum eine actio incerti, nicht aber, daß sie eine actio incerta sey. Noch viel weniger aber kann man daraus herleiten, daß die actio praescriptis verbis es in dem angegebenen Sinne nicht sey. Einen Contract nach seiner Klage zu benennen, wird aber ein Systematiker, der alle Obligationen nach den Klagen classi-

91) L. 6. C. de Rer. permut. (4. 64.) L. 9. L. 22. C. De donat. (8. 54.) L. 3. de inutilib. stipulat. (8.)

ficirt, so sehr wohl nicht mißbilligen können, und so wären Cujaz und Retes wohl zu entschuldigen.

Daß die actiones in factum einer ziemlich späten Periode ihr Daseyn verdanken, läßt sich wohl mit Grunde behaupten. Es ist oben bereits bemerkt worden, daß die actiones in factum civilis durch die Interpretation eingeführt seyen; ist dieß einmal festgestellt, so kann ein Umstand wieder, daß die Juristen unter sich über die Fälle, wo eine solche Klage zu gestatten sey, uneins gewesen sind, nicht für das Alter dieser Klage sprechen. Die Sabinianer und Proculejaner, die in ihrem System einander schroff gegenüber standen, waren auch hier verschiedener Meinung. Während Atejus Capito und seine Schüler eine Ausdehnung eines negotii in einzelnen Fällen zuließen, verwarfen die Anhänger des Labeo dieselben und nahmen zu einer actio in factum ihre Zuflucht; dieser Umstand kann höchstens so viel beweisen, daß die beiden Sekten hier über die Sache stritten, nicht aber, daß sie vor ihnen nicht existirte. Daß die Juristen in einzelnen Fällen zweifelten, ob eine directe Contractsklage, oder eine actio in factum zu geben sey, und daß Ulpian in einem Falle die actio praescriptis verbis gab, wo Labeo entweder die actio emti venditi hat geben wollen, oder wenigstens geschwankt hat, (denn welches von beiden Statt

fand, sagt das Gesetz [92]) nicht deutlich;) kann für das Alter der Klagen nichts beweisen. Vielmehr beweißt der Umstand, daß nach Labeo's Zeiten noch über die Sache Zweifel herrschten, wohl ziemlich klar, daß Juristen auch über schon bestehende Institute streiten können, und was beweiset erst die jetzige tägliche Erfahrung, was beweiset selbst die Schrift von Gans andres? —

Es möchte allerdings seyn, daß Gewißheit über die Zeit der Entstehung der actio praescriptis verbis manches für oder wider die Innominat-Contracte beweisen könnte, allein eine schwankende, nur auf Hypothesen, die nicht einmal durchgreifen, gegründete Bestimmung kann nichts nützen, und so möchte eine Untersuchung über das Alter unseres Instituts, da wir einmal nicht im Stande sind, Gewißheit darüber zu geben, zu nichts dienen können, als diese Schrift um ein Paar Bogen anzuschwellen. Ich gehe daher jetzt wieder zur doctrinellen Darstellung über. —

Die actiones praescriptis verbis, als actiones in factum civilis, sind und können immer nur aushelfende Klagen seyn. Sie können daher nur da Statt finden, wo andere Klagen fehlen. Aber die actio praescriptis verbis hat noch eine andere, und zwar technische Bedeutung, sie ist nämlich Contractklage, d. h. sie hört auf, blos aushelfende

92) L. 20. h. t.

Klage zu seyn, bei den negotiis novis, d. h. bei den Innominat-Contracten. Die Gesetze sagen dieß so deutlich, und werden so sehr durch ein gesundes Raisonnement aus der Natur der Sache unterstützt, daß es kaum möglich ist, daran zu zweifeln. — Zuerst die Gesetze. — Diese sind folgende:

Papinianus libro 8. quaest.
L. 1. de praescr. verb. (19. 6.)

Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, *cum proprium nomen invenire non possumus*, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.

Daß hier unter den in factum actionibus die actiones praescriptis verbis zu verstehen seyen, beweisen die folgenden Paragraphen und leges, denn der §. 2. eod. sagt, hier finde eine actio in factum *civilis* Statt.

Celsus Lib. VIII. Digest.
L. 2. eod.

Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum *nomina*, praescriptis verbis agendum est.

Julianus Lib. XIV. Digest.
L. 3. eod.

In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum nullae appellationes jure civili proditae sunt.

Digitized by Google

Ulpianus Lib. XXX. ad Sabinum.

L. 4. eod.

Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.

Idem lib. 31. ad Edictum.

L. 19. pr. i. f. eod.

— — tutius est ita agere, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto *proprii contractus*.

Cajus libro X. ad edictum provinciale.

L. 22. i. f. h. t.

— — placet, quasi de *novo negotio*, in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

L. 1. pr. De aestimatoria (19. 3.)

— — quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem, est enim *negotium civile* gestum.

§. 28. I. de actionibus (4. 6.), praescriptis verbis (sct. actio) quae de aestimata proponitur, et ea que ex permutatione competit.

Was sagen nun diese Fragmente? Dieses: wenn ein Contract, der nach den Gesetzen eine obligatio civilis, also eine aus ihm selbst entspringende Klage produzirt, mit keinem Namen versehen ist, so läßt sich die Klage nicht nach ihm benennen; in diesem Falle müssen wir also zu der allge-

meineren actio praescriptis verbis unsere Zuflucht nehmen, die jedoch die Wirkung einer Civil, das heißt hier einer directen Contractsklage hat. Daß dieß der Sinn der angeführten Gesetze ist, geht klar daraus hervor, daß darin besonders auf das nomen contractus, oder das civile negotium Nachdruck gelegt ist. Nichts ist auch leichter zu begreifen, wie dieß. Denn die Innominat-Contracte sind ja Contracte, d. h. sie bringen als selbstständig dastehende negotia nova civilia eine Klage hervor; aber eine Klage, die ein Contract hervor bringt, ist eine Contractsklage. Wie sollte man sie aber nennen? Die Contracte selbst haben juristisch keinen Namen, denn daß sie oft im gemeinen Leben einen haben, kann nichts ausmachen, also konnte die Klage nach dem Contracte selbst nur in so fern benannt werden, als man das negotium umschreibend darstellte, und nun sagte actio quae ex hoc negotio oritur. Dieß war aber die actio praescriptis verbis, eben der Umschreibung wegen. Ja die L. 1. pr. De aest. cit. setzt den Namen des Contracts hinzu, den derselbe im gemeinen Leben hatte; belehrt uns aber sogleich durch den Zusatz id est praescriptis verbis, daß dieß nicht so zu verstehen sey, als sey die aestimatio ein genannter Contract, indem er eine genannte Klage hervorbringe, sondern daß dennoch hier nur eine umschreibende Klage eintreten könne, und daß der Zusatz: aestimatoria, nur da stehe, um die Klage, oder vielmehr das Geschäft, aus dem sie entspringt, in der Kürze zu charakterisi-

ren; vielleicht mochten auch die Römischen Juristen selbst darüber streiten, wohin der Trödel-Contract zu rechnen sey. — Eben so sagt §. 28. I. cit. es stehe aus der permutatio eine actio praescriptis verbis zu, und beweiset durch die Stellung seiner Worte klar, daß die actio praescriptis verbis nicht mehr als reine actio in factum zu betrachten sey. Also kann man zwar immer sagen, die actiones praescriptis verbis seyen aushelfende Klagen, aber dieß hat nicht immer denselben Sinn. Einmal heißt es, sie sind actiones utiles der benannten Contractsklagen; dann sagt der Ausdruck aber auch: sie sind selbst directe Contractsklagen, und nur weil die Contracte selbst keinen Namen haben, muß man sich auch bei der Klage der allgemeinern Benennung bedienen. Ich weiß nicht, ob Gans dieß hat sagen wollen, wenn er Seite 155. sagt, nicht alle actiones praescr. verbis seyen actiones in factum [93]). Aber unrichtig ist es, wenn er behauptet, diejenigen actiones praescriptis verbis, die aus ihrem Kreise als actiones in factum, getreten sind, haben jetzt eigne Namen bekommen, und sich deshalb auf die Worte der oben angeführten L. 1. pr. De aest. (19. 3.) und des §. 28. J. de actio nib. (4. 6.) beruft. Denn gerade die Art, wie sich diese Gesetze ausdrücken, der Zusatz von Ulpian in der L. 1. cit., diese Klage gestatte

93) Was freilich zu bezweifeln ist, da er später sagt, es gebe nur eine actio pr. v.

er nur, um dem Zweifeln und Schwanken ein Ende zu machen; der umschreibende Stil des §. 8. I. cit., welche ja nicht sagt actio ex aestimato, actio ex permutatione, sondern unbestimmter actio praescriptis verbis quae ex aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, beweisen unumstößlich, daß dieß die wahre reine namenlose actio praescriptis verbis, aber nicht als actio in factum, sondern als Contractsklage, aus einem negotio civili novo sey. — Auch der Ausdruck: actio in factum civilis, ist gewissermaßen doppelsinnig. Er kann nämlich so viel heißen als: eine durch die Interpretation — im Gegensatz gegen den Prätor — eingeführte Klage; er kann aber auch bedeuten eine aus einem negotio civili ohne Namen entspringende Civilklage. — So wäre also der Einwand von Gans, daß die actiones praescriptis verbis nicht allein bei Innominat-Contracten Statt finden, nicht von Wichtigkeit; und sagt gar nichts gegen die Behauptung der Juristen, daß die Innominat-Contracte ohne sie pacta nuda wären, wozu Gans ihn doch gebrauchen will. Nur muß man den Satz nicht so sehr schroff stellen, wie Gans (Seite 172. s. Schrift) gethan hat. Fragen wir nun aber, was wollten die Ausleger des R. R. damit sagen? Die actio praescriptis verbis mache die Innominat-Contracte zu Contracten, so wird es klar werden, daß Gans sie entweder ganz mißverstanden hat, oder daß er sie nicht hat verstehen wollen. Diese Behauptung heißt

nämlich, wenn man sie analysirt, weiter nichts als dieß: Alle Verträge sind entweder pacta vestita oder nuda. Vestita, die im weitesten Sinn auch die contractus einschließen müssen, sind diejenigen, die eine Klage hervorbringen, nuda alle, die entweder ganz unwirksam sind, oder aus denen doch nur eine exceptio entspringt. So lange das strenge System der Römer, von dem oben die Rede war, vorherrschte, galten die Innominat-Contracte nichts, sie konnten nicht klagend geltend gemacht werden, und nur der Römische Begriff über bona fides gestattete eine exceptio in manchen Fällen. Seitdem aber mildere Grundsätze die Innominat-Contracte klagbar machten, sind sie pacta vestita, und zwar Contracte, weil die Gesetze sie so nennen. Also war nicht behauptet, die actio praescriptis verbis haben den Innominat-Contracten den Character der Contracte gegeben, sondern die Gestattung einer Klage überhaupt habe sie zu pactis vestitis gemacht. Welche Klage dieß war, ist gleichgültig, ob eine actio in factum nach dem Muster einer direkten Klage, oder eine actio praescriptis als eigene Contractsklage. In dem ersten Fall wären sie mit unter die Rubrik des Contractes gefallen, dessen Klage utiliter auf sie angewandt wurde, also doch Contracte geworden; im letzen aber bildeten sie selbst eigne Arten von Contracten, eigne negotia nova. Deßhalb kann der Umstand nichts releviren, daß die actio praescriptis verbis auch bei andern negotiis statt findet, wie ich bei Ausführung der

Digitized by Google

zweiten Frage zeigen werde. Es ist also eine reine petitio principii, wenn Gans hier schon ein unauflösliches Dilemma gefunden haben will. Daß die aus den Innominat-Contracten entspringende Contractsklage nur eine actio praescriptis verbis seyn konnte, also daß diese Contractsklage war, läßt sich noch besser darthun: Es ist oben weitläufiger gezeigt, und auch mehrmals beiläufig die Rede davon gewesen, daß die Innominat-Contracte juristisch keinen Namen haben; aber angenommen (jedoch nicht zugegeben), es wäre nicht so: die in den Gesetzen vorkommenden Fälle wären solche, wo der Contract selbst einen gesetzlichen Namen hätte, so könnte dieß die Sache nicht verändern; denn die Grundidee unseres Instituts, wie ich ebenfalls oben gezeigt habe, war: durch die hinzutretende Leistung wird jeder mangelhafte Contract zu einer andern species contractus. — Hier war also ein allgemeines Prinzip so allgemein aufgestellt, daß es unmöglich war, alle vorkommenden Fälle im voraus darunter zu subsumiren. Man konnte also keine spezielle Klage für den speziellen noch unbekannten Fall geben, mußte sich also damit begnügen, allgemein zu sagen: Wenn ein solcher Fall eintritt, so gestatten wir eine Klage. Diese Klage müßt ihr Euch denn nach den jedesmaligen Umständen modeln — actio instituenda est praescriptis verbis. — Das Argument ist durchgreifend; ich will es daher durch ein Beispiel erläutern.

Digitized by Google

Es ist bekannt, daß unsere Juristen gewöhnlich unsern Wechselcontract zu einem Innominat-Contract machen. Ich habe mich dagegen erklärt, und meine Gründe bereits oben angegeben. Aber angenommen, er wäre es, was sich ja leicht postuliren läßt. Hier würde sich nun das Gesagte praktisch bewähren. Die Römer kannten unsern Wechselcontract nicht, dennoch mußte er unter die Rubrik der Innominat-Contracte fallen, also eine actio civilis hervorbringen. Die Römer hatten ihn nach unserm Postulat unter die vier Fälle begriffen, und zwar unter das do ut des: also für klagbar erklärt: Welche Klage sollten sie gestatten? Eine actio ex cambio. Allein sie konnten die actio ex cambio zwar factisch geben, aber den Namen konnten sie nicht dafür gebrauchen; denn mit dem Institut war ihnen die Benennung desselben unbekannt. Die Klage, die sie hier also im Voraus gestatteten, war die allgemeine, nach den Umständen praescriptis verbis zu normirende Klage. Sie war Contractsklage, und nichts konnte den Kläger hindern, sie in seinem Actionslibell actio ex cambio zu nennen; sie war eine actio praescriptis verbis; denn das Gesetz hatte ihr keinen Namen beigelegt; sie mußte nach dem concreten Falle, den Umständen gemäß abgefaßt werden. —

Ferner haben unsre Innominat-Contracte ja keine bestimmte Gränzen, alles konnte ihr Gegenstand seyn, nur mußten sie sich benannten Contracten anschließen, und durch die Leistung bestärkt seyn;

Digitized by Google

also konnte auch schon deswegen nicht daran zu denken seyn, die Klage für einzelne Fälle bestimmt anzugeben. Das do ut des konnte ein do ut facias werden, und umgekehrt das do ut facias in ein do ut des übergehen. Hätte man nun die Klage aus dem do ut des eine actio ex permutato genannt, so paßte die Klage wieder nicht auf diesen Fall. Man mußte also bei der actio praescriptis verbis bleiben; und diese war nach den Umständen bald actio ex permutato, bald actio ex contractu facio ut des, oder do ut facias [94]). Eine actio utilis eines andern Contracts, ist die actio praescriptis verbis bei den Innominat-Contracten auf keinen Fall. Denn wäre sie dieß, so müßte sie den Namen der Contractsklage führen. Ich will um ein Beispiel zu haben die actio praescriptis verbis ex permutatione nehmen. Hier steht nun zwar in den Gesetzen, diese Klage sey similis actioni ex emto [95]); allein gerade dieß beweiset, daß sie eine eigene Klage war; denn wäre sie die actio emti utilis, so könnte sie nicht blos similis actioni emti seyn; daß sie aber einer andern Contractsklage ähnlich seyn mußte, liegt in der oben erörterten Natur der Innominat-Contracte, nach der sie benannten Contracten sich anschließen

94) Man denke nur an den Fall eines do ut reddas, oder reddo ut des.

95) L. 5. h. t. (19. 5.)

mußten. Ueberdieß beweiset der Zusatz quasi de novo negotio in andern Gesetzen [96]) klar, daß hier von einer actio utilis eines andern Contracts nicht die Rede seyn kann; denn der Ausdruck negotium novum charakterisirt den Contract hinlänglich als eignes Geschäft und sagt in der Beziehung, in der er auf die Klage steht, zugleich, daß er eine eigne Klage produziren müsse. Am allermeisten aber beweiset ein Gesetz [97]) aus Paulus libris quaestionum, wo ausdrücklich gesagt wird: quia non placuit permutationem rerum emtionem esse, *dubium esse non potest*, nasci civilem obligationem, wenn sie mit L. 1. De aestimat. zusammengehalten wird. In unsrer L. 5. sagen nämlich die Worte: dubium non est, als Uebergangsphrase von dem quia u. s. w. deutlich, daß das Eintreten der civilis obligatio dadurch bedingt war, daß der Contract keine actio emti, selbst nicht die utilis zulasse. In der Lit. 1. cit. aber zeigt sich der Satz in seiner praktischen Anwendung. Hier sagt ja Ulpian deutlich: es finde eine eigne actio praescriptis verbis statt, obgleich man bisher gezweifelt habe, ob nicht eine actio emti, oder mandati, oder locati, zu geben sey, und in der That wäre wohl bei keinem Innominat-Contract eine actio utilis aus einem benannten Contract so leicht

96) L. 22. h. t. (19. 5.)

97) L. 5. §. 1. eod.

zu denken, wie bei dem Trödel-Contract. Der Grund, den Treutler aus der Prozeßform der Römer hernimmt, kann freilich nichts gelten, indem die Innominat-Contracte wohl einer ziemlich späten Periode ihr Daseyn verdanken, und die Formeln schon im Anfange des vierten Jahrhunderts unter Constantin abgeschafft sind [98]). Daß die Klage oft utilis und fast immer in factum heißt, hat wenig auf sich, denn sie ist als allgemeine Klage eine actio in factum, ist aber bei den Innominat-Contracten, eben weil sie in den Gesetzen selbst dazu gemacht ist, Contractsklage. Eben deßhalb ist sie denn auch immer bonae fidei und nicht, wie wohl behauptet wird, bald stricti juris, bald bonae fidei. Bei einem stricti juris negotio konnte nie eine actio in factum eintreten, eben weil der Charakter der stricti juris negotiorum in der festen Begränzung derselben liegt.

§. 29.

Fortsetzung.

B. Wann wird sie gestattet?

Diese Frage zerfällt in zwei Unterabtheilungen; nämlich: 1) Wann wird die actio praescriptis verbis gestattet, und 2) was bewirkt sie? Also

a) Wann wird die actio praescriptis verbis gestattet? Hier könnte nun die Antwort ganz kurz

98) L. 1. C. de formulis (2. 58.)

diese seyn: Aus allen [99]) Innominat-Contracten, wenn es sich nicht gerade darum handelte, Einwände, auf die Gans viel Gewicht legt, zu beseitigen.

Gans hat nämlich die Entdeckung gemacht, daß die actio praescriptis verbis nicht allein aus Innominat-Contracten entspringe, sondern auch aus andern bonae fidei negotiis gegeben würde. So wahr dieser Satz ist, so wenig hat Gans Ursache über seinen Fund zu triumphiren. Daß dieß der Fall ist, haben schon viele behauptet, ohne Anstoß daran zu nehmen. Die Sache ist auch ganz einfach. Als allgemeine actio in factum nämlich, findet diese Klage auch in andern Fällen außer den Innominat-Contracten Statt, als Contractsklage aber blos bei letztern. Es ist in der That schwer einzusehen, wie Gans, der selbst zugiebt, daß die

---

99) Es ist ein reiner Widerspruch in sich selbst, wenn manche, z. B. Glück h. t. behaupten, die actio praescriptis verbis werde nur aus solchen Innominat-Contracten gestattet, die mit einem genannten Contracte Aehnlichkeit haben; denn wenn die actio praescriptis verbis aushelfende Klage ist, wo es keine technische Benennung für den Contract gibt, und wenn der Charakter jedes Contracts darin besteht, daß er ein klagbarer Vertrag sey, so ist ein Contract, bei dem nicht wenigstens diese Klage gegeben wird, undenkbar. Der Unterschied ist aber auch schon deshalb verwerflich, weil, wie oben ausführlich gezeigt ist, kein Innominat-Contract existiren kann, der nicht einem benannten Contract nachgebildet ist. —

actio praescriptis verbis von zweierlei Art sey, hierauf so viel hat bauen können. Ganz Theorie über die actio praescriptis verbis ist diese: Wenn ein Geschäft da ist, das nicht ganz unter den Begriff eines bonae fidei negotii passen will, so wird statt der actio bonae fidei eine actio praescriptis verbis gegeben — giebt aber selbst zu, der Name praescriptis verbis sey ihr beigelegt, weil kein technischer Kunstausdruck für sie vorhanden sey. Wollte ich über Worte streiten, so ließe sich sagen, die actio praescriptis verbis sey selbst bonae fidei, ein technischer Kunstausdruck, sey ein pleonasmus u. dergl., doch in verbis simus faciles. — Daß die actio praescriptis verbis auch bei andern negotiis vorkommt, hat seine volle Richtigkeit; aber es ist ja der Charakter der actio praescriptis verbis, daß sie aushelfende Klage ist, und als solche mußte sie auch öfter gegeben werden [100]. Sie tritt nämlich überhaupt dann ein, wenn ein Geschäft nicht ganz unter eine bestimmte Klage gehört, aber doch die offenbare Billigkeit eine Klage erfordert. Dann kann sie theils als actio utilis einer andern Klage eintreten, theils, wie bei den Innominat-Contracten, als wahre Con-

100) Auch bestätigten pactis nachgebildete negotia können actione in factum (als actione utili der Musterverträge) geltend gemacht werden, werden dadurch aber nicht zu Innominat-Contracten, denn diese müssen Contracten nachgebildet seyn.

tractsklage, theils endlich als absolute Billigkeitsklage, und dann ist sie reine actio in factum. Wenn aber Gans für seine Behauptung die L. 15. h. t. anführt, so hat er Unrecht, denn diese schließt allerdings einen Innominat-Contract ein, indem der Kläger ja von seiner Seite geleistet haben mußte, ehe er klagen konnte; weßhalb der Sinn des Gesetzes nun auch klar der ist: Es ist hier kein pactum nudum mehr, sondern es ist durch die Leistung von der einen Seite ein Contract hervorgebracht. Von einer Thatsache des Gebens brauchte nicht die Rede zu seyn, denn der Gegenstand des Contracts war ein factum, wenn Gans also behauptet, nicht das Geben sey des Bedingende, so hat dieß gar keine Bedeutung. Gans fährt fort: Nicht das Gethan oder Gegeben haben, sondern das Thun oder Geben sey die Hauptsache, und zwar, weil Paulus sage do ut des, do ut facias. und nicht dedi ut facias, dedi ut des. Nichts ist leichter zu widerlegen, als dieß: Welcher Mensch wird in dem Augenblicke, wo er sich gegen eine Leistung eine künftige Leistung bedingt, es sich einfallen lassen, zu sagen: dedi ut des etc. In dem Augenblicke, wo der eine Theil leistet, leistet er ja gegenwärtig; kann also nicht sagen, ich habe geleistet ꝛc. Und in dem Augenblicke, wo die Leistung geschieht, erhält der Contract erst seine Klagbarkeit. Will der eine Theil klagen, so muß er zu der Zeit, wo er klagen will, geleistet haben. Deßwegen nun sprechen in den Gesetzen, wo von der Klage und nicht blos von

dem Contractschema die Rede ist, die Juristen immer im perfecto: dedi, feci, aedificavi [1]), vendidi [2]); und nicht do, facio, aedifico, vendo; es müßte denn seyn, daß der Klage nur in so fern Erwähnung geschieht, als sie durch das do, facio etc. begründet werde, nicht aber, so fern sie angestellt werden könne [3]). — Auf der andern Seite aber spricht die Eigenschaft der actio praescriptis verbis als aushelfende Klage gerade für die Innominat-Contracte. So wie es ihr Charakter ist, nur da einzutreten, wo ein mangelhaftes Geschäft vorhanden ist, so ist es ja der Charakter der Innominat-Contracte, daß sie sich benannten Contracten anschließen. Daß es außer ihnen noch andere Geschäfte giebt, die dieß mit ihnen gemein haben kann nichts ändern, denn es giebt ja auch klagbare pacta.

§. 30.

Erklärung der L. 5. §. 3. h. t.

Schwieriger scheint der andere Einwand aus dem Wege zu räumen, nämlich der, daß aus dem

---

1) L. 5. h. t.

2) L. 6. eod.

3) Denn Anstellung einer Klage ohne mora ist nicht denkbar, mora bei einem civiliter non ens aber eben so unmöglich, und doch existirt vor der Leistung kein Contract. —

Digitized by Google

facio ut des keine actio praescriptis verbis entspringe. Die Rechtslehrer haben über diesen Punkt viel gestritten: es kommt darauf an die Sache so einfach wie möglich zu lösen. Daß hier nach dem bisher gesagten so gut, wie in den andern Fällen, ein Innominat-Contract existirt, ist schon oben bewiesen. Ganz unhaltbar ist die Meinung derer, welche behaupten, die Klage sey deßhalb zu versagen, weil keine Aehnlichkeit mit einem genannten Contracte nachgewiesen werden könne. Ist bei dem do ut facias diese Aehnlichkeit vorhanden, so ist sie auch bei dem facio ut des. Diese Meinung versucht Gans durch eine Distinction zu modifiziren, indem er behauptet, das facio ut des bringe diese Klage hervor, wenn es mit einem bonae fidei negotio Aehnlichkeit habe, die Klage falle weg, wenn dieß nicht der Fall sey. Ich könnte hier ruhig aus den Schranken treten, denn nach dieser Distinction fände die actio praescriptis verbis bei jedem facio ut des Statt, welches ein Innominat-Contract ist (§. 7.) Allein kein Gesetz giebt uns ein Recht zu dieser Distinction. Lustig ist es dabei zugleich, daß Gans, nachdem er seinen Gegnern spöttisch ein „doch Paulus kann sich wohl geirrt haben“ hin warf, behauptet, Paulus habe Unrecht; was freilich nicht auffallend seyn kann; wenn so viele große Männer faseln, so kann sich auch Paulus wohl irren. Im Grunde kann also Paulus von Glück sagen, daß er so gelinde davon kommt. Die größte Schwierigkeit ist die, daß in der L. 5. de prae-

scrip. verb. absolute gesagt wird, bei dem facio ut des finde keine Klage statt, und daß dagegen in andern Gesetzen Beispiele vor einem facio ut des vorkommen, und dabei die actio praescriptis verbis gegeben wird. — Paulus sagt nämlich in L. 5. §. 3. h. t. (19. 5.): Quod si faciam ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur. Paulus spricht hier also, wie Gans leugnen zu wollen scheint, ganz allgemein; alle Distinctionen sind deshalb zu verwerfen. — Aber diesem Gesetze gegenüber stehen andre, die geradezu das Gegentheil sagen. L. 15. h. t. sagt nämlich: wenn ich Jemanden dafür eine Belohnung verspreche, daß er mir meines flüchtigen Sklaven Aufenthaltsort anzeige, und er ihn mir anzeigt, so müsse man behaupten: wenn ich mich nun weigere, ihm den Lohn zu bezahlen, stehen ihm die actio praescriptis verbis zu; es müsse denn seyn, die actio de dolo stehe ihm aus einem speziellen Grunde zu.

L. 22. eod. Hier sagt Cajus, wenn Jemand für mich Kleider rein macht, so daß der Lohn erst hinterdrein bestimmt werden solle, also keine locatio conductio Gegenstand des Contracts sey, so sey dies ein negotium novum, und deßhalb die actio praescriptis verbis zu gestatten.

L. 6. c. de transactionibus (2. 4.) Hier rescribirte der Kaiser Alexander: im Falle eines Vergleichs, vermöge dessen eine Parthei gegen einen Theil der Erbschaft den Proceß aufgeben sollte, da

die andere sich nun, nachdem jene ihrerseits den Vertrag erfüllt, also die transactio zu einem contractu innominato gemacht hatte [4]), zu leisten weigere, es sey hier eine actio praescriptis verbis zu gestatten.

Daß alle diese Gesetze, deren sich noch mehrere anführen ließen, von einem facio ut des reden, ist klar. Will man nun nicht entweder mit Gans behaupten, Paulus habe sich geirrt, oder eine offenbare Antinomie annehmen, was doch immer die letzte Zuflucht seyn sollte, so muß man versuchen, diese Gesetze zu vereinigen, um so mehr, da nicht der mindeste Grund einzusehen ist, warum das facio ut des nicht dieselbe Wirkung haben soll, wie das do ut facias; denn wenn Glück den Grund dieser Singularität darin sucht, daß hier kein dare, sondern ein facere den Anfang mache, und deshalb, weil nichts auf den andern übertragen sey, dieser auch keine Verpflichtung auf sich habe, gegenzuleisten, und daß daher die actio civilis wegfallen müsse, so ist dieß offenbar ein ängstliches Hindurchwinden durch die Schwierigkeiten der Auflösung; denn ich frage dann: Warum soll denn das facere keine Obligation erzeugen, warum hier nicht, da es beim Mandat, bei der locatio; ja sogar ohne vorhergegangenen Vertrag bei der negotiorum gestio eine Verbindlichkeit erzeugt? Warum soll das facere keine obligatio erzeugen, wenn ein

4) Commentar §. 1069. Bd. 18. S. 91 f.

dare dagegen bedungen wird, da die actio praescriptis verbis gegeben wird, wenn auf das facere ein facere folgen soll, oder findet in diesem Fall etwa eine Uebertragung Statt? Eben so wenig Grund hat es, wenn Gans daraus, daß dieser Satz im L. 5. cit. stehe, beweisen will, Paulus habe blos ein Schema der obligatio überhaupt aufstellen wollen. Drehen wir den Satz um, und nehmen einen Augenblick an, Paulus habe blos ein solches Schema aufstellen wollen, so würde er gewiß diesen Punkt eben so wenig darin haben aufnehmen können. Denn, wollte Paulus blos, wie Gans glaubt, die möglichen Entstehungsgründe der obligationes zeigen, so würde er erstlich nicht gesagt haben, in diesem Falle finde keine Obligation Statt, sondern blos die positiven Fälle, wo sie eintritt, aufgezählt haben. Aber auch das soll Paulus gekannt haben. Konnte er auch, wenn er blos die möglichen Formen „für jede Zweiseitigkeit überhaupt“, aufstellen wollte, behaupten, das facio ut des gehöre nicht dazu, da doch das Mandat, (wenn Entschädigungs-Forderungen eintreten) die locatio conductio, die doch beide facio ut des seyn können, eine Klage, und zwar eine actio civilis hervorbringen? Daß Paulus aber wirklich, wie Gans glaubt, ein so schwaches Gedächtniß gehabt habe, und sich keines Nominat-Contracts erinnerte, der Aehnlichkeit mit dem facio ut des habe, ist schon deshalb nicht zu vermuthen, weil Paulus in den unmittelbar vorhergehenden Para-

graphen, von dem do ut facias gesprochen hatte, welches doch wohl mit dem locatio conductio Aehnlichkeit hat, wie Paulus selbst sagt, und dieses also nur umzukehren brauchte. — Doch dies beiläufig; ich kehre zur Hauptsache zurück. — An Vereinigungsversuchen hat es nun bei diesen widersprechenden Gesetzen nicht gefehlt.

Die plausiblesten Ansichten sind diese: Einige [5]) behaupten, die actio de dolo concurrire nach diesem Gesetz mit der actio praescriptis verbis. Allein die L. 5. cit. sagt ja gerade, die actio doli sey die einzige Klage, sie trete ein, weil keine Civilklage für den Fall existire. Andere folgen dem Gesetz, und erklären das facio ut des für unklagbar [6]). Andere [7]) distinguiren, und behaupten, im Falle der mora gehe die actio doli, sonst die actio praescriptis verbis vor. — Davon steht in dem Gesetze nichts. — Noch andere [8]) suchen sich ebenfalls mit Distinctionen zu helfen, und behaupten, man müsse unterscheiden, ob aus dem facere ein pecuniärer Vortheil für den andern erwachsen sey oder nicht, allein Paulus spricht ganz allgemein. Eine andere, ein Resultat ziemlich mit der

---

5) Mendoza de pactis lib. 3. Cap. 4. Nr. 6. Duaren ad L. 7. de pactis.

6) Die Glossatoren, Cujaz, Faber l. l. c. c.

7) Cocceji jus controv.

8) Glück a. a. O. Seite 93.

zuerst aufgeführten übereinstimmenden Meinung ist die: Paulus habe hier von der actio doli gerade deßwegen vorzugsweise gehandelt, weil der dolus bei dem facio ut des am leichtesten eintreten könne, aber die actio praescriptis verbis concurrire damit; hier soll nun Paulus der actio praescriptis verbis deßhalb nicht erwähnt haben, weil er es als einleuchtend voraussetze, daß sie Statt finde. Ja, nach dem Laurentius Santos de san Pédro [9]) ist hier sogar ein Tribonianismus zu suchen. Am richtigsten scheint es, den Paulus so zu verstehn: Bei dem facio ut des ist Pönitenz und Repetition wegen Nichterfüllung undenkbar, deshalb kann im Fall der Nichterfüllung nur eine Klage auf das Interesse Statt finden. Diese Klage ist die actio doli, die aber die Klage auf Erfüllung nicht ausschließt. Die actio doli vertritt hier dann die Stelle der condictio causa data, causa non secuta, und kann selbst vortheilhafter seyn, als die actio praescriptis verbis, denn diese geht auf die Erfüllung der versprochenen Gegenleistung, oder das Interesse, aber immer nur mit Rücksicht auf die Leistung. Die actio doli geht auf das erhöhte Interesse mit Rücksicht auf das schon geleistete Factum. Daß das Gesetz diese Ansicht zulasse, beweiset gerade das Gesetz, welches diejenigen, die die Klage aus dem facio ut des läugnen, für sich

9) Bei Retes Opusc. Sect. I. Cap. XI. Nr. 13. (Meermann Vol. VI. S. 116.)

Digitized by Google

anführen, nämlich L. 4. C. de dolo (2. 21.) In diesem Rescript heißt es nämlich, nachdem der status causae dargelegt ist, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum desiderare debes de dolo tibi decerni actionem. Diese Stelle macht es gewiß ganz klar, daß die actio de dolo dann eintreten soll, wenn wegen Nichterfüllung Repetition Statt fände, und nun diese unmöglich wird. Der Grund, warum dies Statt findet, ist klar, der, welcher schon geleistet hat, hatte die Wahl zwischen der Klage auf Erfüllung und der Condiction, würde ihm, im Fall das facio ut des nicht Ersatz für die unmöglich gewordene condictio geben, so schadete ihm ja die Arglist eines andern. Gegen die Klagbarkeit des facio ut des kann dieses Gesetz aber schon deshalb nicht sprechen, weil es nicht blos vom facio ut des redet, sondern in dürren Worten sagt: quod si manumisisti vel *tradidisti* et ille manumisit, schließt also den Fall des do ut des ausdrücklich ein. Wenn Faber [10]) und mit ihm Glück [11]) behaupten, es seye blos ein facio ut des in dieser Stelle enthalten, weil das Manumittiren die Hauptsache sey, so ist diese Behauptung willkührlich, denn es ließe sich eher behaupten, die Stelle rede blos vom do ut des, indem es einen rei-

10) Rational. in pand. ad h. L. T. III. p. 592. sqq.

11) a. a. O. S. 93.

nen Tausch enthält. Ich soll für meinen Sklaven einen andern Sklaven erhalten, was der andere mit meinem Sklaven macht, muß mir ziemlich gleichgültig seyn. Dies hat wenigstens mehr Schein für sich — aber bei dem Innominat-Contract liegt alles in der Form, und deßhalb enthält die L. 4. cit. ein facio ut des und ein do ut des; spricht also in doppelter Hinsicht für mich. Einmal, weil sie nicht allein ein facio ut des enthält, und dann, weil sie die actio doli der condictio substituirt. — Der Haupteinwand, der sich dagegen machen ließe, die L. 3. cit. von der condictio wegen Nichterfüllung zu verstehen, wäre, daß Paulus sage, die actio civilis falle weg, und daß die actio de dolo, die bekanntlich nur eintritt, wenn keine andere Klage Statt findet, gegeben werde. Allein, wenn andere Gesetze sagen, die actio civilis trete wegen des facio ut des ein, so kann das Gesetz nicht so zu verstehen seyn, daß diese Klage wegfalle. Auch ist es bekannt, wie mißlich es im Römischen Recht ist, auf einen Ausdruck etwas bauen zu wollen. Was das Gestatten der actio de dolo betrifft, so wird davon im folgenden noch weiter die Rede seyn. Hier stehe nur noch die Bemerkung, daß unmittelbar vor dem §. 3. unsere L. 5. cit. der actio de dolo auch die actio praescriptis verbis beigesellt ist. Wird aber die actio dc dolo in einem Falle gegeben, wo die actio praescriptis verbis auch Statt findet und gegeben, weil noch ein Merkmal hinzutrat, nämlich in dem si sciens dedero, also we-

niger subsidiar ist, als jene, so kann es unsern Satz nicht umstoßen, daß auch hier actio de dolo und actio praescriptis verbis neben einander Statt finden. Nimmt man nun noch darauf Rücksicht, daß im §. 21. unseres Gesetzes ebenfalls die actio de dolo wegen einer Unmöglichkeit der Rückforderung 12) eintrat, wo der bei einem contractus do ut facias gegebene Sklave nach geleistetem Factum evinzirt war, so hat die Sache gar keine Schwierigkeit mehr. Denn nun steht die Sache so. Paulus spricht im §. 2. von do ut facias, welches, da man es nur umzukehren braucht, um ein facio ut des zu haben, dieses mitbegreift. Er stellt am Ende des Paragraphen den Satz auf, wenn die condictio causa data, causa non secuta nicht eintreten kann, weil die Rückforderung unmöglich ist, so tritt die actio doli auf das Interesse ein. Dann geht er zu dem umgekehrten Fall über. Vorher war die causa zwar secuta gewesen, aber wegen

12) Die condictio wegen Nichterfüllung, der das Evinzirtwerden der geschehenen Leistung gleichgilt, hatte auch der, welcher nicht zuerst leistete; denn dieß ist keine Pönitenz. Diese condictio aber ist nun in unserem Gesetz unmöglich geworden, deßhalb treten nun die subsidiären Rechtsmittel ein. Aber auch hier steht die speziell begründete actio doli der actio in factum civilis vor; obgleich manche in dem „civilis“ den Tribonian auch in diesem Gesetz erkennen. (s. unten §. 31.) was freilich immer der leichteste Ausweg ist.

Digitized by Google

der Eviction nachher defect geworden; beim facio ut des kann auch der Fall eintreten, wo ich wegen gänzlicher causa non sequnta repetiren könne, wo diese Repetition unmöglich ist. Deshalb knüpft Paulus diesen Fall, von dem übrigens alles gilt, was beim do ut facias Statt fand, so an den vorhergehenden an: Aber wie ist es, wenn ich ein Factum geleistet, und da du nun nicht geben willst? Die repetitio ob causam non secutam ist hier begründet, aber durchaus unmöglich, man muß also sagen: nulla erit civilis actio, und deshalb kannst du nur das Interesse mit der actio de dolo fordern; daß eine condictio, wenn man allgemein spricht, auch actio heißen könne, wird jeder zugeben, denn sie ist ja im Grund eine actio, und wird selbst in den Institutionen so genannt; also konnte auch Paulus sie wohl so nennen. Auf diese Weise erklärt, ist die Sache höchst natürlich, Paulus spricht von der condictio beim do ut facias, geht hierauf zum facio ut des über, das ebengesagte schwebt ihm noch lebendig vor: er erörtert also dieselbe Frage hier noch einmal. Die Verbindung zwischen den zwei Paragraphen beweiset auch schon der Uebergang durch quodsi, welches absolut nichts sagt, sondern immer elliptisch zu verstehen ist, also hier etwa zu übersetzen wäre: was nun den Fall betrifft, wenn — — — so u. s. w.

Digitized by Google

§. 31.

Ueber L. 7. §. 2. de pactis.

Zu einem andern Streite haben die Juristen aus L. 7. §. 2. de pactis (2. 14.) Gelegenheit genommen. Hier wird von Julian referirt, Maurician habe ihn getadelt, weil er eine actio in factum praetoria aus einem Falle gestatte, wo offenbar eine actio in factum civilis Statt finde. Und dennoch sagt Paulus in der oft angeführten L. 5. §. 2. h. t., derselbe Julianus habe die actio praescriptis verbis im Falle eines Nicht-dolus; im Falle eines offenbaren dolus aber die actio de dolo gestattet.

Auch hier sind verschiedene Versuche gemacht, die beiden Stellen zu vereinigen, und während Einige hier wieder einen Tribonianismus suchen, legen sich andere aufs distinguiren. Eine Meinung ist die: Paulus referire schlecht, und habe eine Note, die Maurician zum Julian gemacht habe, für Julians eigene Meinung angesehen; Ulpian, der Verfasser der L. 7. cit. dagegen habe besser zugesehen. Allein nichts berechtigt uns, dem Paulus so wenig judicium zuzutrauen, wenn wir nicht auch noch Paulismen und Ulpianismen in der Jurisprudenz haben wollen. Nach andern hat sogar Maurician kein Latein verstanden. Julian habe gar nicht von der prätorischen actio in factum, sondern nur allgemein von der actio in factum gesprochen, da

habe denn Maurician gemeint, Julianus rede von der prätorischen Klage. Diese Ansicht ist von eben dem Gehalt, wie die erste, und widerlegt sich am besten durch sich selbst.

Andere glauben, Paulus habe den Julian halb gebilligt, halb verworfen, das Verwerfen sey aber stillschweigend geschehen. Dieß ließe sich hören, wenn nicht Paulus die Meinung Julians ausdrücklich als Julians Meinung anführte. Dagegen glauben einige, Paulus habe den Julianus nur historisch angeführt. Allein wie läßt sich dieß behaupten, da Paulus die Meinung des Julian stillschweigend billigt? Und was gewinnt man durch diese Vereinigung? Der Widerstreit bleibt derselbe. Ob Julians Meinung historisch, oder als Gesetz dasteht, ist gleichgültig. Die Meinung, die Julian in L. 5. h. t. hat, streitet immer gegen die, die in L. 7. §. 2. de pactis verworfen wird, daher raisonniren andere so: Julian habe diese Frage in zwei verschiedenen Schriften abgehandelt, und in beiden sey er verschiedener Meinung gewesen. Nun habe Paulus die eine, Ulpian aber eine andere vor Augen gehabt, und die, welche Ulpian benutzt habe, habe gerade Maurician glossirt gehabt. Allein obgleich man es heutiges Tages wohl findet, daß Juristen so viele Meinungen haben, als sie Werke schreiben, so ist doch diese Conjectur schon deßhalb zu verwerfen, weil sie ein dreifaches Annehmen einer Unwahrscheinlichkeit, nämlich eine Inconsequenz des Julian, einen Mangel an Literatur bei Pau-

lus, und eine eben so große Unbelesenheit des Maurician, der, wenn er einen Autor commentirt, nicht einmal das, was er an einem andern Orte über denselben Gegenstand sagt, gelesen haben soll, voraussetzt. Eben so unhaltbar ist die Meinung, Julian habe von zwei ganz verschiedenen Fällen gesprochen, und unterschieden, ob res noch integra sey. Denn Distinctionen genug kann man machen, aber es kommt darauf an, ob die Gesetze sie unterstützen. Dies gilt denn auch von de Retes dreifacher Distinction, die er gemacht haben will, cum plene coeperat pubescere, und die Ramos del Manzano so sehr gelobt haben soll. Er meint nämlich, man müsse erstlich zwei Fälle unterscheiden. Ich gab nämlich einen fremden Sklaven.

1) Sciens. Hier habe Julian die actio de dolo gegeben.

2) Ignorans. Hier treten zwei Unterabtheilungen ein.

   a. Es war namentlich bedungen, ich solle den Eros geben, nun war dieser evinzirt, hier müsse man auch die actio de dolo zulassen.

   b. Es war nur bedungen, ich solle dir einen Sklaven geben, und nun wird der Gegebene evinzirt. Hier seye blos die actio praescriptis verbis zulässig, und bloß den letzten Punkt tadle Maurician. So scharfsinnig nun auch diese Conjectur auf den ersten Blick erscheint, so wenig ist sie im Gesetze gegründet, welches

ganz allgemein spricht. Besser ist schon die Meinung Cocceji's, welcher glaubt, Julianus seye von Paulus zwar angeführt, aber nur in den Worten: Si sciens dedi de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, sey Paulus Referent. Er füge aber selbst hinzu: Si ignorans in factum civilem. Diese Ansicht, die auch vor Cocceji schon Andere gehabt haben, hebe allen Widerspruch zwischen den Gesetzen, und wäre auch wohl anzunehmen, da man ja nicht wissen kann, wo Paulus eine neue Periode anfing, weil die Alten nicht interpungirten. Die Meinung, die Glück äußert, hat sehr viel für sich. Er meint nämlich, Paulus habe die von Maurician schon verbesserte Ansicht des Julian vorgetragen, ohne den Fehler deß letztern zu rügen. Die Meinung Cocceji's aber hat das gegen sich, daß Paulus uno tenore fortredet, und daß das dandam sich auf beide Fälle beziehen muß, weil sonst das si ignorans keinen Sinn haben würde. Gegen Glücks Meinung ließe sich sagen, daß Paulus zu absolut spricht, und daß er, wenn er Julians Fehler übergehen wollte, lieber gesagt haben würde, dieß sey die Meinung des Maurician. Am aller einfachsten hebt sich der Widerstreit so: Maurician tadelt den Julian, weil er eine actio de dolo in einem Falle gab, wo sie nicht paßte. Paulus hingegen referirt bloß die Meinung des Julian als all-

gemeines abstractum aus einem gegebenen Falle und läßt sich auf die Frage: ob Julian im concreten Falle Recht habe, gar nicht ein. Es lag dem Paulus bloß daran, einen Fall zu haben, wo die actio doli wegen des Interesse eintrat, da Rückforderung nicht möglich war. Julians Anwendung auf einen vorliegenden Fall ging Paulus nichts an.

Daß übrigens die ganze Fassung der L. 5. cit. eben nicht als ein Muster von Logik aufgestellt werden kann, zeigt schon die Erörterung des facio ut facias, wo Paulus mehrere Formen unterscheiden will, und nun zwei Beispiele giebt, deren Form gleich ist. [13])

§. 32.

b.) Wirkung der actio p. v.

Wir kommen jetzt auf die zweite Abtheilung unserer Frage: Welches ist die Wirkung der actio praescriptis verbis?

Zunächst geht die Absicht der Klage, wie die Gesetze sagen, auf Erfüllung des Contractes: In hac actione enim id venit, non ut reddas,

13) Die Erörterungen, die sich von selbst erklären, oder deren Erklärung aus dem obigen von selbst folgt, wie z. B. daß der, welcher die Klage anstellen will, geleistet haben muß u. drgl., übergehe ich hier.

quod acceperis sed ut damneris mihi quanti mea interest, illud de quo convenit, accipere. Aber es ist oft möglich, daß mir jetzt an der Erfüllung nichts mehr liegt, wie z. B. beim do ut facias, wenn ich Jemanden etwas gebe, einen Brief irgend wohin zu schaffen, und nun durch seine mora der Zeitpunkt vorüber ging, wo die Bestellung des Briefes mich interessirte. Hier kann ich dann nach dem obigen, mit der condictio causa, data causa non secuta, das Gegebene repetiren. Aber auch dieß kann mir nicht mehr von Nutzen, ja wohl gar unmöglich seyn, wie z. B. wenn ich ein Factum geleistet habe. Dann muß ich mich freilich damit begnügen, das Interesse zu erlangen; und insofern ist die actio praescriptis verbis eine actio incerta, aber man kann nicht behaupten, daß sie immer eine actio incerti sey. Beim do facio ut facias muß sie es wohl seyn, denn hier ist es nicht anders denkbar, als daß sie auf ein incertum geht, wenn aber ein dare dadurch bezweckt wird, so braucht sie nicht gerade incerti zu seyn. So wird z. B. beim Tausche die actio praescriptis verbis, wo sie auf das dare geht, nicht actio incerti genannt werden können. Aber auch beim Tausche kann die Klage auf das Interesse gehen, z. B. wenn eine heute zu liefernde Waare nicht geliefert wird, und nachher im Preise sinkt. Hier wächst das Interesse durch die mora eben sowohl, wie bei der emtio. Wenn man aber behauptet, die Innominat-Contracte unterscheiden sich dadurch

von den Nominat-Contracten, daß bei ihnen immer nur auf das Interesse geklagt werden könne, so ist dieß falsch und gegen klare Gesetze. Diesen zu Folge geht die actio praescriptis verbis dahin, ut fides placiti tibi (actori) servetur, oder ad implendum placitum. Dafür giebt es gar keinen Grund. Denn wenn einige den Grundsatz aufstellen, dieß komme daher, weil die genannten Contracten stärker binden, als die ungenannten, so ist dieß eben so falsch, als wenn andere den Satz umdrehen, und behaupten, dieß müsse der Fall seyn, weil die Innominat-Contracte stärker binden, als die Nominat-Contracte. Freilich beruft man sich hierfür auf Gesetze; allein sehr mit Unrecht; das erste Gesetz, welches man anzuführen pflegt [14]), sagt dieß am allerwenigsten. Denn hier heißt es geradezu, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse. Dieß heißt nichts anderes, als: Es findet nicht bloß eine Klage auf Erfüllung, sondern auch Repetition Statt, das andere [15]) sagt auch nichts andres als: so lange mir daran liegt, daß mein Gegner erfülle, kann ich darauf klagen, will ich dies aber nicht, so repetire ich meine Leistung. Was aber die L. 8. h. t. betrifft, so braucht man gar nicht mit de Retes das Wort incerti für incerta zu verstehen, sondern die Sache hat ihre volle Richtigkeit. In dem Fall

14) L. 1. §. ult. h. t.

15) L. 5. §. 1. h. t.

Digitized by Google

dieses Gesetzes ist die Klage eine actio in certi, indem hier der Kläger die Wahl hatte, ob er den Sklaven, oder dessen Werth fordern wollte. Denn der Sklave war ihm durch die peinliche Anklage weniger werth geworden. Aber die actio praescr. verb. ist Contractsklage, daher können auch Nebenpuncte damit verfolgt werden. So klagt man mit der actio praescriptis verbis wegen der Eviktion; auf Redhibition wegen heimlicher Mängel u. dergl.

§. 33.

Ansprüche des Empfängers.

Eine Frage, die hier entstehen könnte, ist diese: Hat der Empfänger auch Ansprüche gegen den andern? Hier sind, wie ich glaube, drei Fälle zu unterscheiden:

I. Es ist ein bloßer Vertrag abgeschlossen; hier hat keiner Ansprüche gegen den andern. Denn ein pactum nudum ist nicht klagbar. Es müßte die Leistung hinzutreten, und dieß ist noch nicht geschehen.

II. Der eine Theil leistete, und dem andern erwuchs ein Nachtheil daraus, (z. B. der andere gab ihm ein krankes Stück Vieh, und dieß steckte seine Heerde an). Hier geht es ganz nach den allgemeinen Grundsätzen, so daß also das damnum emergens, welches z. B. in unserm Bei-

Digitized by Google

spiele vorliegt unbedingt das lucrum cessans im Falle eines dolus zu ersetzen ist [16]).

III. Der eine leistet so, daß dem andern zwar kein direkter Nachtheil aus der Leistung entsteht, aber doch so, daß der andere durch den ganzen Contract, wenn er ihn auch von seiner Seite erfüllt, lädirt wird, wie wenn z. B. die geleistete Sache evinzirt wird, oder heimliche Mängel hat. Hier sind zwei Fälle denkbar.

1) Der Nachtheil zeigte sich vor der erfüllten Gegenleistung. Hier hat er keine Klage, kann aber seine Gegenleistung zurückhalten, und dem andern die exceptio non rite adimpleti contractus entgegen stellen. Denn die Existenz des Contracts war durch die Leistung bedingt, geschah diese nicht, so ist der Vertrag ein pactum nudum. Der Fall aber, wo die gegebene Sache z. B. evinzirt wird, muß der gänzlichen Nichterfüllung gleich gelten. Hier nun zeigt sich in einer praktischen Anwendung die Wichtigkeit des Grundsatzes, daß die Leistung das Contractverhältniß bedingt, und hier fällt daher die Behauptung von Gans total über den Haufen, daß auf die geschehene Leistung kein Gewicht zu legen sey. Die Gesetze [17])

16) Denn eine Abweichung anzunehmen, ist kein Grund da.

17) L. 3. C. de Rer. perm. (4. 64.) L. 1. §. 2. D. eod. — Argum. L. 5. §. 2. i. f. h. t. et arg. L. 7. §. 2. de pactis (2. 14.)

Digitized by Google

sagen zum Theil mit ausdrücklichen Worten, daß erst nach der Leistung von der einen Seite geklagt werden könne, zeigen aber auch oft implicite, daß der andere nicht klagen könne, wegen seiner Ansprüche, bis er selbst ebenfalls geleistet hat.

2) Er tritt nach der erfüllten Gegenleistung ein. Hier finden allerdings Ansprüche Statt, theils weil der Empfänger und Leister nun in pari causa sind, theils weil die bona fides verletzt würde, wenn man den einen Theil Schaden leiden lassen wollte, blos darum, weil er nicht zuerst geleistet hat. Dafür sind denn auch klare Gesetze vorhanden, wie auch schon nach allgemeinen Grundsätzen, die Sache keinen Zweifel leiden kann. Es fragt sich nur noch, durch welche Klage macht der Verletzte sein Recht geltend? Die Antwort muß hier ganz kurz seyn: Bald durch die actio de dolo, bald durch die actio in factum civilis. Denn das Verhältniß, worin diese beiden Klagen zu einander stehen, ist der Gegenstand des folgenden Paragraphen. Von der actio praescriptis verbis muß noch bemerkt werden, daß sie keine actio in factum in diesem Falle ist. Denn die Klage, die hier unter dem Namen actio praescriptis verbis Statt findet, geht nur auf Entschädigung. Die actio praescriptis verbis, als Contractsklage, aber geht auf Erfüllung des Vertrages, oder Leistung des In-

Digitized by Google

tereſſe wegen Nichterfüllung. Von Nichterfüllung kann aber hier nicht die Rede ſeyn. Der Umſtand, daß im Fall eines offenbaren dolus eine actio de dolo gegeben wird, beweiſet dieß noch mehr. Denn im Fall des dolus kann man ſagen, der andere hat wiſſentlich etwas ſchlechter, oder gar eine fremde Sache geleiſtet, alſo hier könnte am allererſten die Contractsklage eintreten; dennoch wird hier die actio de dolo gegeben. Hat der andere unwiſſend eine fremde Sache geleiſtet, ſo kann er nur actione in factum belangt werden, und zwar ſteht hier die actio in factum als letztes Rechtsmittel zu, denn ſie folgt ja erſt der actio de dolo. — Man könnte mir hier entgegen halten: Wenn hier wirklich ein Contract exiſtire, ſo müſſe auch jeder der Contrahenten eine Contractsklage haben. Dieß müßte wenigſtens dann behauptet werden, wenn man den Grund aller Verbindlichkeit in der abſoluten Zweiſeitigkeit ſucht, wie Gans. Allein wie es mit dieſer abſoluten Zweiſeitigkeit beſtellt ſey, iſt ſchon oben bemerkt, und der Einwand im Ganzen ſehr einfach zu löſen. Wenn es wahr iſt, daß die Innominat-Contracte erſt durch die Leiſtung Contracte werden, ſo kann die Contractsklage auch nur auf Seiten desjenigen begründet ſeyn, der den Contract zu einem Contracte macht. Dazu kommt dann der Umſtand, daß eine Contractsklage nie durch Nebendinge

Digitized by Google

begründet werden kann; sondern daß die Contractsklage, durch die, als solche, Nebendinge verfolgt werden können, schon anderweitig begründet seyn muß. Bei diesen Contracten aber ist ohne hinzutretende Nebenumstände gar nicht an die Möglichkeit zu denken, daß der Empfänger der ersten Leistung klagen könne. Auf Erfüllung kann er nicht klagen, denn vor der Leistung existirte kein Contrakt, nach derselben aber hat ja der Gegner den Vertrag erfüllt. Daß bei andern Contracten eine actio contraria Statt findet, wo doch auch der eine Theil geleistet hat, ist etwas ganz anderes. Denn hier treten Gegenansprüche ein, die die Regel machen. Nehmen wir z. B. das Mandat, den Kauf. Bei beiden finden Ansprüche Statt, wegen der auf die Sache selbst verwandten Kosten beim Mandat, wegen geleisteter Vorschüsse, beim Kauf auf Tradition, nach gezahltem Preise, oder umgekehrt auf Zahlung des Preises nach der Tradition. Dazu sind diese Contracte von anderer Art. Ohne Rücksicht darauf zu nehmen, daß der Depositar, Mandatar allein Lasten, der Deponens, Mandans allein die Vortheile von dem Vertrage haben; muß doch der Umstand berücksichtigt werden, daß diese beiden Contracte in dem ältern Civilrechte der Römer ihren Grund haben, und nicht blos durch die Gelehrten herausinterpretirt sind, und daß bei ihnen das Contractsver-

hältniß einen ganz andern Grund hat. Das Mandat ist ein Consensual-Contract, das depositum nimmt zwar seinen Anfang erst mit der depositio, allein dieß hat hier eine ganz andere Bedeutung, als bei den Innominat-Contracten. Da der Depositar von der Nichthinterlegung gar keinen Nachtheil hat, so ist es selten denkbar, daß er darauf klage. Die Deposition ist keine Erfüllung der Contracts-Verbindlichkeit, sondern der Anfang des ganzen Contracts-Verhältnisses. Ganz anders verhält es sich mit den Innominat-Contracten. Wenn es z. B. beim Tausche heißt, permutatio ex re tradita initiam obligationi probet [18]), so heißt dieß offenbar, durch die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu tradiren, macht der eine Theil die permutatio zu einem Contract; beim depositum hieß es blos, durch die depositio, als die einzig mögliche Art und Weise, wie er anfangen kann, fängt der Contract civiliter an. — Bei den Innominat-Contracten ist die Erfüllung einer Verbindlichkeit unerläßliche Bedingung der Existenz eines Contracts; beim mutuum, depositum fängt die Tradition den Contract an, weil sonst keine mögliche Art des Anfangs denkbar ist. Man sage nicht, daß bei den Nominat-

18) L. 1. §. 2. De Rer. perm. (19. 4.)

Real-Contracten ja das gerade das criterion sey, welches sie von den Consensual-Contracten unterscheidet. Ich gebe dieß zu, aber nur, wenn man den Satz: die Consensualverträge werden durch bloße Einwilligung begründet, im rechten Sinne versteht. Die Gesetze sagen nämlich, gewisse Verträge bedürfen, um klagbar zu seyn, keiner weitern Förmlichkeit, als daß der ernstliche Consens von beiden Seiten Statt finde. Aber man darf hierbei einen Umstand nicht übersehen; betrachtet man nämlich die vier Verträge, die auf diese Weise zu Consensual-Contracten gemacht sind, so ergiebt sich doch auch, daß es in ihrem Wesen liegt, daß kein sichtbares Merkmal zu ihrer Eingehung hinzutrete. Wenn man, um in der Manier der Römischen Juristen, Statt einer weitschweifigen Definition, lieber ein Beispiel anzuführen, das Mandat erst dann hätte für klagbar erklären wollen, wenn das factum geleistet war, so hätte man ja erst dann einen Contract gehabt, wenn er geendigt wäre. Eben so bei der emtio venditio. Und dann muß auch das berücksichtigt werden, daß, wo die Natur des Contracts es zuließ, dennoch auf die Erfüllung viel gebaut ist, wie z. B. der Grundsatz, daß beim Kauf das Eigenthum nicht eher übergeht, als bis der Kaufpreis bezahlt ist. Und es ist auch doch noch ein Unterschied zwischen einer emtio und einem pactum de emen-

do. Das letztere ist trotz des Consensus ein pactum nudum. Doch über den Consens ließe sich ein ganzes Buch schreiben, dieß gehört nur in so fern hierher, als es einen möglichen Einwand beseitigen kann.

Was nun noch die Frage anbetrift, ob pacta in continenti adjecta mit eingeklagt werden können, so kann dieselbe bei den Innominat-Contracten gar nicht vorkommen. Denn jeder Vertrag, der nicht physisch oder moralisch unmöglich ist, wird durch Leistung von der einen Seite klagbar. Da nun das Wesen der Innominat-Contracte auf diese Weise gar nicht bestimmt ist, und Alles der Inhalt derselben seyn kann, so können die pacta in continenti adjecta nur als Theil derselben gelten, und ihre Natur als pacta adjecta verliert sich in dem Wesen des Contracts, dem sie adjicirt sind. — Obgleich auch hier das pactum adjectum das Wesen des in Concreto gedachten Contracts aufheben kann; denn wenn zur permutatio ein pactum adjectum hinzugesetzt wird, welches das do ut des zerstört, so wird ein facere daraus auf einer Seite entstehen, also immer das pactum adjectum Theil des Contractes selbst bleiben. Ein pactum adjectum aber, welches das Wesen eines gegebenen Innominat-Contractes bestehen läßt, gehört schon zu ihm, weil es die Form nicht aufhebt, die Aehnlichkeit mit einem Nominat-Contracte nicht zerstört, und also selbst mit in den Contract verschlungen wird. Höbe aber ein pactum adjectum das We-

Digitized by Google

sen eines Nominat-Contractes auf, so brächte es entweder einen andern Nominat-Contract hervor, wie z. B. das depositum durch ein pactum adjectum in ein commodatum übergehen kann; oder es zerstörte diesen Vertrag, ohne einen neuen zu produciren; in diesem letzten Falle nun wäre es denkbar, daß der Vertrag der, eben weil sein Wesen als Contract überhaupt aufhört, pactum nudum ist, durch die Leistung von der einen Seite zum Innominat-Contract wird, und dann ist das adjicirte pactum ja wieder Theil des Innominat-Contracts.

§. 34.

Verhältniß der actio praescriptis verbis zu andern Klagen, besonders zu zu der actio de dolo.

Der einzige Punct, der noch Schwierigkeiten hier machen könnte, ist das Verhältniß, in welchem die actio praescriptis verbis zur actio de dolo steht. Um dies gehörig erörtern zu können, sind einige vorläufige Bemerkungen über die subsidiäre Qualität der actio praescriptis verbis hier nachzutragen.

Es ist bereits oben gezeigt, daß diese Klage dreifacher Natur ist. In der Eigenschaft als actio utilis einer andern Klage ist sie natürlich ganz subsidiär, als reine actio in factum kann sie auch nur dann Statt finden, wenn jede andere Klage unzureichend ist, als Contractsklage aus den In-

Digitized by Google

nominat-Contracten ist sie zwar auch aushelfend, aber in einer andern Bedeutung, wie schon oben gezeigt ist. Es ist eine sehr gewöhnliche Behauptung, die besonders durch Lex 6 de rescind. vend. (18. 5.) und durch L. 2. C. de pactis inter emtorem (4. 54.) unterstützt wird, die actio praescriptis verbis concurrire mit andern Contractsklagen. Allein dieß ist falsch. Denn die Klagen, die in den angeführten Gesetzen gestattet werden, sind identisch. Denn beide Fälle gestatten eine actio emti utilis und setzen dann hinzu: oder in factum. Dieß ist aber durchaus keine Eigenthümlichkeit, sondern es folgt aus der Natur der actio praescriptis verbis, als actio utilis. Wäre in jenen beiden Gesetzen gemeint, die actio praescriptis verbis concurrire mit der actio ex emto directa, so wäre dieß ja eine reine Ungereimtheit, denn eine aushelfende Klage wird wohl Niemand da gebrauchen, wo schon eine directe Contractsklage gestattet ist. Daß die Klage mit dem interdicto de precario concurrire, hat einen blos historischen Grund. Aber man geht noch weiter, man behauptet die actio praescriptis verbis concurrire mit Contractsklagen, wenn ein pactum adjectum hinzutrete, und sieht nicht, daß ein doppelter Verstoß gegen anerkannte Wahrheiten in dieser Behauptung liegt. Denn außer dem, so eben gerügten, streitet dieß gegen den bekannten Grundsatz: pacta adjecta können nur mit dem Hauptvertrage zugleich geltend gemacht werden. — Sehr

schön ist hier die Ansicht von Retes [19], die in der Kürze folgenden Inhalts ist. Ein pactum adjectum kann einem Vertrage auf verschiedene Art hinzugefügt werden: nämlich so, daß der Vertrag recht gut dabei bestehen kann. Dann wird es mit dem Vertrage durch die Hauptklage zugleich eingeklagt. Oder aber, es ändert das Wesen des Contractes. Hier muß die Contractsklage mit dem Contract zugleich wegfallen, und es findet blos die actio praescriptis verbis statt, und zwar muß man hinzusetzen, entweder als actio in factum, oder als Contractsklage, je nach der im gegebenen Falle eintretenden Gestalt des umgeformten Contracts. Er hätte freilich noch einen dritten Fall annehmen können, wenn nämlich durch das pactum adjectum der Contract in einen andern benannten Contract übergeht. Allein dieser Fall interessirt uns nicht; es ist aus den beiden zuerst dargestellten klar, daß von einer Concurrenz der Contractsklage mit der actio praescriptis verbis nicht die Rede seyn kann. — Wir gehen jetzt auf das Verhältniß der actio praescriptis verbis zu der actio de dolo über.

Bei der Untersuchung dieses Gegenstandes darf es aber auf keinen Fall übersehen werden, daß die actio doli zweifacher Art ist, indem sie als actio doli und als actio in factum auftritt. Die Ver-

19) De pactis in continenti adjectis cap. III. n. 8 — 10. (Meerm. Vol. VI. pag. 163.)

schiedenheit dieser beiden Klagen hier aufzuführen, würde nicht am rechten Orte seyn. Diese müssen als bekannt vorausgesetzt, oder wegen ihrer Nachlesung auf andere Schriften verwiesen werden. Allein der Umstand, daß die actio doli auf das erhöhte Interesse geht, muß hier am allerwenigsten außer Acht gelassen werden. Darin stimmen freilich beide Klagen überein, daß sie subsidiair sind. Jedoch leidet dieser Grundsatz ebenfalls noch seine Modificationen, die aber freilich nicht hieher gehören. Es scheint fast, als wären die Römischen Juristen über die Fälle, wo die actio doli zu gestatten sey, nicht recht einig gewesen; um so schwieriger muß es seyn, hier ein Prinzip aufzufinden. Da es hier nur darauf ankommt, dasjenige, was Gans aus dem Verhältniß der actio de dolo zur actio in factum civilis gegen die Theorie der Innominat-Contracte hergeleitet hat, zu widerlegen, so werden folgende kurze Bemerkungen genügen. Die actio de dolo ist doppelt. Die eine, die κατηξωχην den Namen actio de dolo führt, findet nur in dem Falle eines speciellen erweisbaren dolus malus Statt, also dann, wenn eine calliditas, fallicia, machinatio ad circumveniendam, fallendum, decipiendum alterum adhibita est.[20]) Die andere als allgemeine Billigkeitsklage, führt den Namen actio in factum, obgleich sie

20) L. 1. §. 1. de dolo malo (4. 3.)

auch unter dem Namen actio doli vorkommt. Diese Klage findet dann Statt, wenn die actio doli specieller Gründe wegen nicht gegeben werden kann. So findet sie z. B. dann nicht Statt, wenn nicht gerade eine calliditas, fallacia etc. adhibirt ist, aber doch die bona fides das Gestatten einer Klage heischet. Aus dieser doppelten Natur der actio doli sind die eignen Erscheinungen, die wir in Rücksicht derselben, namentlich bei der actio praescriptis verbis, finden, zu erklären. Behält man diesen Punkt nämlich gehörig im Auge, so kann es überhaupt nicht auffallen, warum in ganz gleichen Fällen der eine Jurist eine actio de dolo abspricht, und ein andrer sie gestattet. Denn nun läßt sich sehr leicht annehmen, daß dieser die actio in factum, jener die specielle actio de dolo im Sinne hatte. So lösen sich denn auch die Schwierigkeiten, die wir in Hinsicht auf die Concurrenz der actio praescriptis verbis und der actio doli finden, nur muß man auch wieder nicht vergessen, daß auch die actio praescriptis verbis oft zweifach, nämlich als Contractsklage und als actio in factum, bei den Innominat-Contracten Statt findet. Daher kann denn die actio de dolo der actio praescriptis verbis zugleich vorgehen und nachstehen. Aber ganz falsch ist es, wenn man L. 5. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.) und L. 7. §. 2. de pactis (2. 14.) hieher zieht. Denn sie sprechen nicht von der actio de dolo, als Substitut der actio praescriptis verbis, sondern die L. 5. cit.

Digitized by Google

giebt die actio de dolo in einem Fall, wo die Rückforderung unmöglich war, im Fall eines speciellen dolus auf das erhöhte Interesse. War kein dolus hinzugetreten, so tritt auch die actio praescriptis verbis ein. Die letztere ist also noch subsidiärer als jene, denn sie steht ihr ja nach, aber mit vollem Rechte. Denn im Fall eines dolus war die actio doli speciell begründet; die actio pr. verb. konnte hier als Contractsklage nicht gegeben werden; denn als solche hat sie nur derjenige, welcher zuerst leistete, sie steht also in diesem Gesetze als reine actio in factum da, mußte also im Fall eines Betruges der actio de dolo nachstehen, die L. 7. aber verwirft ja die Ansicht des Julian, daß eine actio de dolo Statt finde. Also erhellt daraus nur, daß die actio praescriptis verbis als Contractsklage der actio in factum praetoria vorgehen muß, daß als speciell begründete Klage die actio doli der actio praescriptis verbis, wo diese nur actio in factum ist, vorgeht, daß aber da, wo beide als actiones in factum eintreten, die prätorische nachstehen müsse, weil die andre schon begründet ist, und die actio in factum praetoria immer die letzte Zuflucht bleiben muß. Dieß beweiset auch die L. 15. i. f. praescr. verbis, wo Ulpian sagt: es finde die actio praescriptis verbis Statt, außer wo ein spezieller dolus eingetreten sey, denn dann müsse man die actio de dolo gestatten. — Die L. 34. de dolo malo, die Gans hier anführt, gehört nicht hieher; denn sie

spricht von einem Fall, der nicht unter die Rubrik der Innominat-Contracte gehört, auch, um in Gans Sprache zu reden, überhaupt keine Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotio hat. Auch die L. 16. pr. verb. (19. 5.) darf man nicht hieher ziehen. Denn sie enthält zwei Fälle, von denen der eine ein Innominat-Contract ist, der andere aber nicht. Denn im principio dieses Gesetzes war ausgemacht, der eine könne sich auf des Andern Boden Sand graben, solle aber das dadurch entstehende Loch zuwerfen. Hier ist also ein do ut facias, und deßhalb wird dem Eigenthümer des Bodens, wenn der andere sich weigert, das Loch anzufüllen, die actio praescriptis verbis gegeben. Nachdem nun Pomponius noch einige nicht hieher gehörende Nebenpunkte berührt hat, geht er auf einen Fall über, wo kein Innominat-Contract, und überhaupt keine συναλλαγμα Statt findet, und sagt, hier finde kein actio civilis Statt. Es fragt sich also, kann hier die actio praescr. verb. eintreten? Nein, die actio praescriptis verbis setzt ein συναλλαγμα voraus, es tritt also blos die actio doli ein [21]). Es ist also ganz unnöthig, mit Gans diesen Umstand, daß die actio doli bald der actio praescriptis verbis vorgeht, und ihr

21) Daß hier andere Klagen, wie z. B. die actio ad exhibendum eintreten können, geht uns nichts an, da uns blos das interessirt, was das Gesetz sagt.

bald nachstehen muß, aus einer Verschiedenheit der Meinungen der Römischen Juristen abzuleiten. Dabei bliebe immer unerklärlich, wie die Sache sich oft in den Gesetzen, die von einem und demselben Juristen sind, auf dieselbe Weise gestaltet hat [22]). Ja, wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß die actio doli älter ist, als die actio praescriptis verbis, so kann dieß doch unmöglich von Einfluß auf die Fragmente, die von den weit später lebenden Paulus, Ulpianus, Pomponius u. a. herrühren, gewesen seyn. Wann aber auch später in Fällen, wo man früher nur die actio doli gab, die actio praescriptis verbis gestattet wurde, so kann dieß um so weniger von Belang seyn, da der Grundsatz, die actio de dolo ist das letzte Rechtsmittel, welches gestattet wird, in Kraft blieb, und diejenigen Juristen, die nach der Entstehung der actio praescriptis verbis schrieben, also immer diese der actio de dolo voransetzen mußten, wenn dieß einmal Grundsatz war, und höchstens darüber uneins seyn konnten, ob die actio pr. verbis in diesem oder jenem gegebenen Falle vorgehe, oder nicht. Denn die Hauptsache als practischer Grundsatz war anerkannt, auch von denen, die in einzelnen Fällen in unsern Gesetzen schwankten, welche Klage zu gestatten sey. Diese kurze Darstellung

22) Man vergl. nur das principium mit dem §. 1. der L. 16. cit.

zeigt nun aber, daß das Gestatten einer actio de dolo in Fällen, wo eigentlich die actio praescriptis verbis eintreten zu müssen scheint, durchaus nichts gegen die oben auseinander gesetzte Theorie sagt; dieser Umstand zeigt vielmehr ganz klar, daß die actio in factum von den Juristen von zwei Seiten betrachtet wurde, nämlich als Contracts- und als reine Billigkeitsklage; wo sie denn in dem einen Fall also auch weit subsidiärer seyn mußte, als in dem andern, und daher auch in einem doppelten Verhältniß zur actio de dolo stehen mußte.

§. 35.

Resultat.

Es bleibt uns nun zum Schluß noch übrig, in der Kürze die Frage zu erörtern: In wie fern sind nach dieser Theorie die Innominat-Contracte als Theil des sogenannten Institutionen-Systems anzusehen? Um dieß desto leichter zu können, wird es nicht unzweckmäßig seyn, zu einer möglichst schnellen Uebersicht aus obigen Erörterungen die Resultate unserer Untersuchungen hier kurz zusammen zu stellen. Wir sahen nämlich Folgendes:

Jedes pactum kann, wenn es Aehnlichkeit mit irgend einem genannten Contract hat, dadurch, daß von einer Seite geleistet wird, zu einem Contract werden, dieser heißt dann Innominat-Contract. Der Umstand, daß nur der eine Theil dasjenige thut, was den Vertrag zu einem Contract macht,

bewirkt, daß er allein als der Berechtigte angesehen wird, also vom Contracte nach Willkühr abgehen kann. Die Analogie der genannten Real-Contracte, bei denen sämmtlich auf der Seite des Empfängers eine Verbindlichkeit zur Rückgabe begründet ist, leitete die Juristen auf die Annahme eines jus poenitendi, welches sich sowohl dann äußert, wenn die Erfüllung des Contracts von der andern Seite nicht erfolgte, als auch dann, wenn der eine Contrahent seine Absicht ändert. Dieß jus poenitendi wird durch die condictio causa data, causa non secuta, geltend gemacht, die aber ursprünglich wohl doppelter Natur war. Ist die Rückforderung unmöglich, so geht im Fall eines speciellen dolus die actio de dolo vor, sonst die actio praescriptis verbis als reine actio in factum auf das Interesse. Die Erfüllung des Contracts erzwingt man mit der actio praescriptis verbis als Contractsklage.

Dieß nun, meint Gans, passe alles nicht in das sogenannte Institutionensystem. Warum nicht? Die Antwort auf diese Frage ist Gans uns aber schuldig geblieben. Gans will die Obligationen durchaus nach ihrer Klage classifiziren. Ohne mich auf eine Erörterung einzulassen, ob es gerathen sey, einem Institut in einem System nach seiner Wirkung, die oft sehr zufällig seyn kann, und selten bei einem Institut die Hauptsache seyn wird [23], seinen Platz

23) Das kann auch der Umstand nicht ändern, daß

anzuweisen, beschränke ich mich hier blos darauf, zu zeigen, wie die Innominat-Contracte in das Institutionssystem passen: dieß beruht nämlich auf den Entstehungsgründen der Obligationen, und theilt dieselben ein, je nachdem sie aus einem Vertrage, Verbrechen, oder unmittelbar aus einem Gesetz entspringen. Die Verträge sind wieder Contracte oder pacta vestita, oder pacta nuda. Die Contracte zerfallen wieder in Consensual-, Literal-, Verbal- und Real-Contracte. Eine Unterabtheilung der Real-Contracte sind die Innominat-Contracte. Sind also die Real-Contracte ein Theil des Systems, so sind es auch ihre Unterart, die Innominat-Contracte, so gut wie man die Hypothek, als Unterart des pignus [24]), zu den dinglichen Rechten zählt. Daß bei den Innominat-Contracten eine actio praescriptis verbis statt findet, ist ein so unbedeutender Grund, und liegt so sehr in der Natur der Sache, wie oben gezeigt ist, daß man deßhalb noch

---

pacta erst durch die Klage zu Contracten wurden. Dieser Satz sollte eigentlich so gestellt werden: Nur gewisse Verträge erzeugen Obligationen, andere nicht, wo aber keine Obligation ist, da ist auch keine Klage denkbar. Also bleiben die Klagen doch Nebensachen.

24) So wie aber die Hypothek ohne pignus dingliches Recht seyn könnte, so könnten auch Innominat-Contracte existiren, ohne daß die Contracte gerade Theil eines Systems zu seyn brauchten, was gleichwohl der Fall ist.

Digitized by Google

nicht behaupten kann, daß ein Obligationensystem lediglich auf die Klagen gebaut seyn müsse. Im Gegentheil beweiset die Art der Entstehung unserer Innominat-Contracte, wie sie oben erörtert ist, und der Umstand, daß die Sache im R. R. existirte [25]), ehe man ein Prinzip dafür hatte, daß, welches System die Römer auch haben mochten, auf die Entstehungsform der Obligationen immer ein großes Gewicht gelegt wurde.

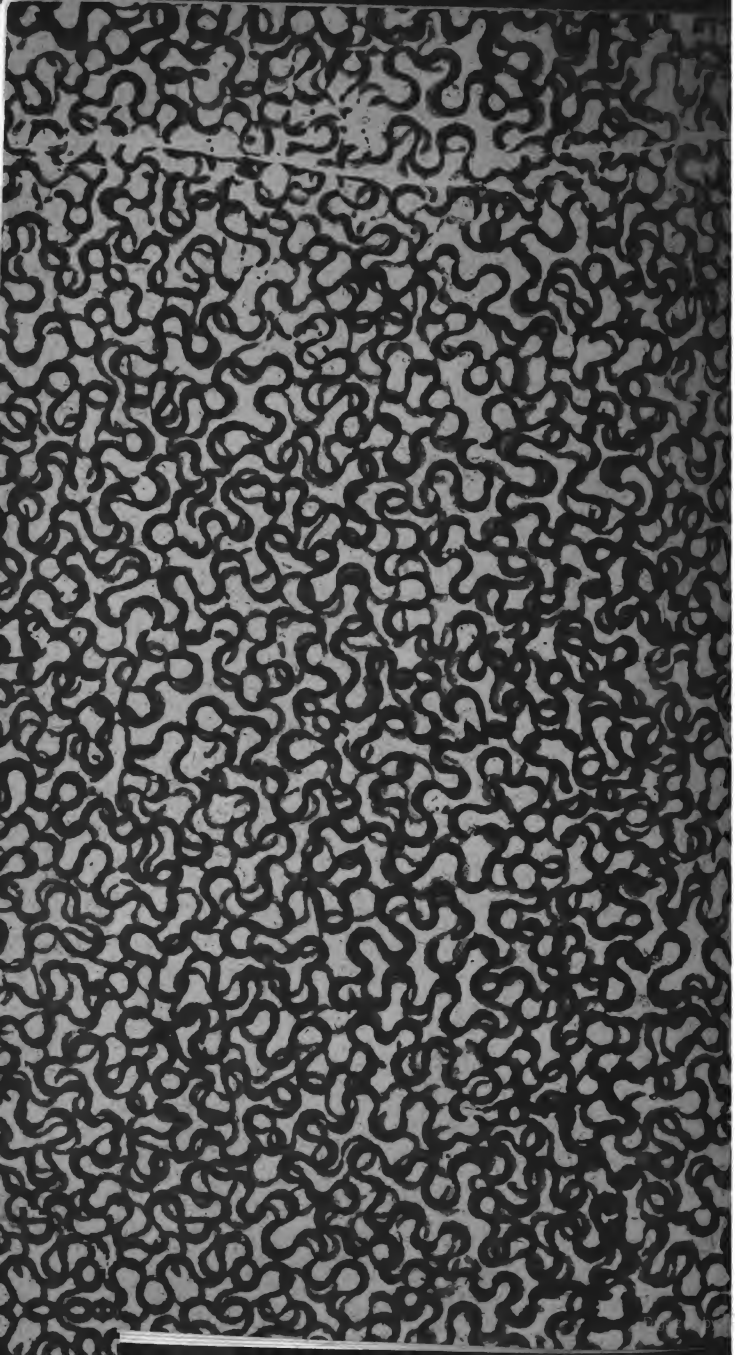
So hätte denn also Gans richtig prophezeiet, daß die von ihm sogenannte Fabel von den Innominat-Contracten ihren Vertheidiger finden würde; hat sich aber, indem er vom jüngsten Tag sprach, im Ausdrucke geirrt; denn er hatte einem Scheintodten das Grab bereitet. Auch das bekenne ich offenherzig, daß ich Schadenfreude genug besitze, zu wünschen, daß seine Schrift in der Meinigen ihren Tartarus, oder was, wie Gans sagt, gleich ist, ihre Hölle gefunden hätte.

---

25) Und zwar ohne actio praescriptis verbis, wie Gans selbst, nach seiner Seite 194 f. gegebenen Erörterung über die actio de dolo, nicht wird leugnen können, daß die Interpretation erst das Prinzip auffinden mußte, ehe die Innominat-Contracte im System einen Platz erhalten konnten, ist wohl natürlich; nun erst waren sie integrirender Theil des Contract-Systems, also nun auch erst des Obligationensystems geworden.

Heidelberg.
Engelmannsche Buchdruckerei.

Digitized by Google

Digitized by Google

Österreichische Nationalbibliothek
+Z169094700